



# Le Sort des contrats dans les opérations de fusion et de scission de sociétés commerciales.

Adamou Albortchire

## ► To cite this version:

Adamou Albortchire. Le Sort des contrats dans les opérations de fusion et de scission de sociétés commerciales.. Droit. Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2005. Français. NNT : 2005CLF10287 . tel-00662969

**HAL Id: tel-00662969**

**<https://theses.hal.science/tel-00662969>**

Submitted on 25 Jan 2012

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR EN DROIT

Discipline : Droit des affaires

Présentée et soutenue publiquement le 24 juin 2005

Par

**Adamou ALBORTCHIRE**

<p><b>LE SORT DES CONTRATS DANS LES OPERATIONS DE FUSION ET DE SCISSION DE SOCIETES COMMERCIALES</b></p>
--

Directeur de recherches

Monsieur **Jean STOUFFLET**, Professeur émérite à la faculté de droit et de science politique de l'Université d'Auvergne, Doyen honoraire de la faculté

**Jury :**

Madame Isabelle URBAIN-PARLEANI, Professeur à l'Université Paris V,  
René DESCARTES, Présidente

Monsieur Didier PORACCHIA, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille,  
Rapporteur

Monsieur Jean STOUFFLET, Professeur à l'Université d'Auvergne

Monsieur Nicolas MATHEY, Professeur à l'Université d'Auvergne

A mes regrettés parents  
Albortchiré BAKO et  
Hadjara GARBA

Nous tenons à particulièrement remercier : Monsieur le Professeur Jean STOUFFLET, Doyen honoraire à la faculté de droit de l'Université D'Auvergne d'avoir accepté et guidé mes recherches

Nous remercions aussi :

Monsieur Didier PORACCHIA, Professeur à l'Université D'Aix-Marseille, Madame Isabelle URBAIN-PARLEANI, Professeur à l'Université Paris V-René DESCARTES et Nicolas MATHEY, Professeur à l'Université D'Auvergne d'avoir accepté de consacrer leur temps à la lecture et à la soutenance de ma thèse.

*« La liberté du commerce n'est pas une faculté accordée aux négociants de faire ce qu'ils veulent ; ce serait bien plutôt sa servitude. Ce qui gêne le commerçant ne gêne pas pour cela le commerce. »*

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Gallimard, Coll. folio Essais, n° 275, 1995, livre XX, chapitre XII : « de la liberté du commerce ».

*« De certaines valeurs, le Droit fait des biens. Sur certains biens, il construit des droits. Porté par une vie collective croissante, le Droit retient comme biens un nombre croissant de valeurs, elles-mêmes multipliées et différenciées. »*

J.-M. MOUSSERON « Valeurs, biens, droits » in *Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz 1991, p. 277.

## PRINCIPALES ABREVIATIONS

Actes prat.	Actes pratiques et ingénierie sociétaire
AJ	Actualité juridique
AJPI	L'Actualité juridique - Propriété immobilière
al.	Alinéa
B.R.D.A.	Bulletin rapide de droit des affaires
Art.	Article
Bull. civ.	Bulletins des arrêts de la Cour de cassation
Bull. Joly.	Bulletin mensuel d'information des sociétés
C. civ.	Code civil
C. trav.	Code du travail
C. Propr. Intell.	Code de propriétés intellectuelles
Cf.	Confère
CA	Cour d'appel
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. ch. réun.	Cour de cassation, chambres réunies
Cass. civ. 3 <sup>e</sup>	Cour de cassation, troisième chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CEE	Communauté économique européenne
chron.	Chronique
Comp.	Comparer
C.I.	Certificats d'investissement
Comm.	Commentaires
Cont. Conc. Cons.	Contrats - Concurrence – Consommation
Décis.	Décisions
Doc.	Doctrine
Dr. & Patr.	Droit & Patrimoine
Defrén. com.	Répertoire du notariat Defrénois
Dr. soc.	Droit social
Ed.	Édition
Encycl.	Encyclopédie
EURL	Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
ex.	exemple
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GIE	Groupement d'intérêt économique

<i>Ibid</i>	<i>Ibidem</i>
Infra.	Ci-dessous
IR	Informations rapides
JCP éd. E	La semaine juridique entreprise et affaires
JCP éd. G	La semaine juridique édition générale
JCP éd. N	La Semaine juridique notariale et immobilière
Juris-Class.	Juris-Classeur
Jurispr.	Jurisprudence
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Not.	Notamment
Loy. Copr.	Loyers et copropriété
n°	numéro
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
P.A.	Les Petites Affiches
Panor.	Panorama
P.u.f.	Presse universitaire de France
Préc.	Précité
Quot. jurid.	Le Quotidien juridique
RCC	Revue de la concurrence et de la consommation
RCS	Registre de commerce et de sociétés
RD imm.	Revue de droit immobilier
RDAI	Revue du droit des affaires international
Rép. dr. com.	Répertoire du droit commercial
Rev. hab. fr.	Revue de l'habitat français
Rev. inter. dr. comp.	Revue internationale de droit comparé
Rev. Loy.	Revue des loyers et des fermages
RJC	Revue de jurisprudence commerciale
R.J.D.A.	Revue de jurisprudence de droit des Affaires
R.T.D. civ.	Revue trimestrielle du droit civil
R.T.D. com.	Revue trimestrielle du droit commercial
Somm.	Sommaires
S.A.	Société anonyme
S.A.S.	Société par actions simplifiée
S.N.C.	Société en nom collectif
Supra	Ci-dessus
Th.	Thèse
V.	Voir

## SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION</b>	<b>8</b>
<b>PREMIÈRE PARTIE LES FUSIONS ET SCISSIONS EMPORTENT CONTINUATION DES CONTRATS DE LA SOCIÉTÉ DISSOUE SANS LIQUIDATION PAR LA SOCIÉTÉ BÉNÉFICIAIRE</b>	<b>23</b>
<b>TITRE I DU PRINCIPE ET DU FONDEMENT DE LA CONTINUATION DES CONTRATS DANS LE CADRE DES OPÉRATIONS DE FUSION ET DE SCISSION</b>	<b>25</b>
CHAPITRE I LE PRINCIPE DE CONTINUATION DE L'ACTIVITE CONTRACTUELLE EN CAS FUSION OU SCISSION DU CONTRACTANT PERSONNE MORALE	27
CHAPITRE II FONDEMENT DU PRINCIPE DE LA CONTINUATION DES CONTRATS À L'OCCASION D'UNE FUSION ET SCISSION	60
<b>TITRE II LES CONDITIONS DE LA CONTINUATION DES CONTRATS A L'OCCASION D'UNE OPERATION DE FUSION ET DE SCISSION</b>	<b>107</b>
CHAPITRE I DE LA NECESSITE DUN CONTRAT EN COURS	108
CHAPITRE II L'INDIFFERENCE PRINCIPIELLE DE L'UTILITE ECONOMIQUE DU CONTRAT EN COURS ET DU CONSENTEMENT DU COCONTRACTANT DE LA SOCIETE DISSOUE SANS LIQUIDATION	144
<b>DEUXIÈME PARTIE LA PORTÉE DE LA RÈGLE DE LA CONTINUATION DES CONTRATS DANS LE CADRE D'UNE OPÉRATION DE FUSION ET DE SCISSION</b>	<b>160</b>
<b>TITRE I LE PRINCIPE DU CARACTÈRE GÉNÉRAL DE LA RÈGLE DE CONTINUATION DES CONTRATS À L'OCCASION DES FUSIONS ET DES SCISSIONS</b>	<b>162</b>
CHAPITRE I L'INDIFFERENCE DE PRINCIPLE DE LA NATURE INTUITU PERSONAE DU CONTRAT EN CAS DE FUSION ET SCISSION	164
CHAPITRE II DE L'APPLICATION DE LA RÈGLE DE LA CONTINUATION A QUELQUES PRINCIPAUX CONTRATS DE LA SOCIÉTÉ ABSORBÉE OU SCINDÉE	212
<b>TITRE II LES LIMITES A LA REGLE DE LA CONTINUATION DES CONTRATS CONSECUTIVE A UNE OPERATION DE FUSION ET DE SCISSION</b>	<b>294</b>
CHAPITRE I LES OBSTACLES À LA REGLE DE CONTINUATION RESULTANT DE TECHNIQUES CONTRACTUELLES ET DE LA NECESSITE DE SAUVEGARDER L'INTÉRÊT DU COCONTRACTANT	296
CHAPITRE II LES LIMITATIONS LEGALES AU PRINCIPE DE CONTINUATION DES CONTRATS	338
<b>CONCLUSION GENERALE</b>	<b>379</b>



# INTRODUCTION

**1. Notions générales-** *« Le mot fusion éveille l'idée d'un mélange intime, d'une union complète entre deux ou plusieurs choses, dont les éléments constitutifs en se réunissant, donnent naissance à un nouveau produit.*

*Ce produit pourra être très différent de ses composants, comme le bronze par rapport au cuivre, au zinc et à l'étain, ou au contraire subir l'influence prédominante de l'un d'eux, comme dans l'alliage de l'or et du cuivre. <sup>1</sup>»* Au vu des mutations qu'elles provoquent, les fusions et scissions méritent certainement l'une et l'autre de ces analyses.

Comment définir le bouleversement économique et financier profond, chargé de diverses et d'importantes restructurations d'entreprises, que nous vivons depuis quelques décennies ? Ces mouvements de restructurations sont si divers et nombreux, que la tentation est grande d'y voir profiler à l'horizon une quatrième révolution, qui serait qualifiée de *« révolution économique et financière <sup>2</sup>»*.

**2. Nécessaire adaptation des entreprises-** C'est pourtant à cette analyse de l'entreprise, non pas d'un point de vue statique mais, plutôt, sous un angle dynamique que nous allons procéder. En effet, aujourd'hui, nul besoin d'affirmer que les sociétés commerciales se créent, évoluent et s'adaptent ou encore disparaissent. Elles sont contraintes, dans un élan de survie, d'épouser les différentes mutations liées à la structure économique qui sévit non pas seulement au plan communautaire mais, également et surtout, au plan mondial. Aussi dans cette optique, doivent-elles adopter des formes ou dimensions qui conviennent tant à leur nature qu'à la structure du marché sur lequel elles interviennent. Rappelons que l'époque où le capitalisme moderne vantait les mérites de l'entreprise de taille moyenne, performante et dynamique est bien révolue. De nos jours,

---

<sup>1</sup> M. FLEUREAU *« Les fusions de sociétés d'assurances »*, Thèse, Paris, 1933, p.1.

<sup>2</sup> Le monde, semble-t-il, aurait connu trois révolutions industrielles. La première qui s'est poursuivie jusqu'en 1840, a vu le jour en Angleterre avec l'invention de la machine à vapeur par James WATT en 1776. Pour la première fois, l'homme parvenait à transformer efficacement la chaleur en mouvement, dont les premières applications seront les filatures du coton et, avant 1830, les premières voies ferrées. La deuxième révolution industrielle, affirme-t-on, serait celle de l'électricité. En effet, pour la première fois, grâce à son génie, l'homme accéda à la lumière électrique. Son inventeur Thomas EDISON, ouvrit la première centrale électrique aux Etats -unis. La troisième révolution, quant à elle, sera celle de l'électronique qui débouchera sur l'invention de l'informatique, de la robotique et de l'internet. Aujourd'hui avec l'énorme changement que connaît la conjoncture économique internationale, le sentiment de vivre une nouvelle révolution se fait sentir : V. François CARON, *« Internet, c'est la troisième révolution industrielle »*, article paru dans l'hebdomadaire *« L'Express »* du 27/4/2000, p. 22.

les acteurs économiques, quel que soit le secteur d'activité<sup>3</sup>, sont soumis aux pressions économiques de leur environnement, en particulier celles d'atteindre la taille critique sur leur marché et doivent aussi s'adapter aux contraintes de l'eupéanisation de leurs activités à l'heure de l'euro. D'où le recours de plus en plus fréquent par les entreprises à des moyens et techniques permettant d'accéder à cette taille optimum, nécessaire à leur développement, voire à leur survie pour certaines d'entre elles.

Il convient de préciser que dans cette quête d'adaptation de la taille critique, les moyens sont aussi nombreux que divers permettant de réaliser, en empruntant une expression chère aux économistes, ce qu'on appelle la « *conversion des entreprises industrielles*<sup>4</sup> ».

**3. Choix de procédés de concentration-** La concentration d'entreprises est susceptible de se produire grâce à des procédés juridiques aussi différents les uns des autres, mais reposant tous, tout de même, sur les mêmes principes<sup>5</sup>. Ces procédés tels que les constitutions de filiales<sup>6</sup>, les groupes<sup>7</sup> ou groupements de sociétés<sup>8</sup> et les prises de contrôle<sup>9</sup> facilitent le renforcement des entreprises et leur adaptation aux évolutions

---

<sup>3</sup> On a pu ainsi voir, au cours de la dernière décennie, le phénomène de concentration qui a caractérisé le secteur bancaire européen, et en particulier celui français. On peut notamment citer la fusion entre la Compagnie financière de CIC et la Banque de l'Union européenne en 1990, ou encore celle intervenue entre la BFCE et le Crédit national qui a donné naissance à Natexis en 1995. De même qu'on peut citer la fusion entre la Compagnie bancaire, la Compagnie financière de Paribas et la banque Paribas en 1998 : V. L. LEGOUET, *L'incidence des fusions de banques sur les garanties*, Banque & Droit n° 71-mai-juin 2000, p. 19. On ne peut, non plus, manquer de citer la très récente fusion entre le Crédit lyonnais et le Crédit agricole.

<sup>4</sup> V. Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 12<sup>e</sup> éd., Economica, 2003, n°562, p. 609.

<sup>5</sup> C'est-à-dire d'arriver à créer une structure plus compacte et efficace, susceptible d'avoir une certaine influence en s'imposant sur un marché déterminé.

<sup>6</sup> La création de filiales est en effet constitutive de concentration d'entreprises à deux titres. D'abord, une entreprise déterminée peut, pour des questions de meilleure efficacité dans la gestion, décider de filialiser certains de ses secteurs d'activité en l'occurrence par apports partiels d'actifs. Les filiales ainsi formées constituent, dès lors, des personnes juridiques distinctes et placées sous la domination et le contrôle de la société mère. D'une société à l'origine, on se retrouve avec au moins deux sociétés au terme de cette opération de filialisation. Ensuite, il y a, également, une autre forme de concentration, similaire à la précédente. Il s'agit de la constitution de filiale commune par deux sociétés. C'est une opération de concentration qui peut se faire notamment soit par voie de fusion, soit par voie d'acquisition. Dans le premier cas, deux sociétés vont décider, chacune en ce qui la concerne, de faire apport d'une partie de son activité à la future entité commune qu'elles vont créer. En revanche, dans le second cas de figure, elles vont acquérir ensemble une société qui existe déjà et qui sera placée sous leur contrôle respectif.

<sup>7</sup> Le groupe de sociétés est une forme de concentration de sociétés, mais une concentration inégalitaire. Il aboutit en effet, par une certaine prise de contrôle, à la domination de plusieurs sociétés par une seule société.

<sup>8</sup> Le recours au groupe de sociétés, appelé par les spécialistes de « *structure complexe* », constitue une forme de concentration qui est de plus en plus utilisée. Elle permet à des sociétés, juridiquement indépendantes les unes des autres, de former un ensemble qui va se retrouver sous la domination d'une d'entre elles. C'est donc une forme de concentration qui se bâtit autour des concepts de contrôle et de domination. C'est pourquoi on admet, souvent, que le groupe est constitué « *à partir du moment où une ou plusieurs sociétés se trouvent sous le pouvoir de direction d'une société dominante* » : V. D. SCHMIDT, *Les responsabilités civiles dans les groupes de sociétés* in *Groupes de sociétés : contrats et responsabilités*, Colloque LERADP-EDHEC, 19 novembre 1993, L.G.D.J., 1994, p. 73 cité par Ch. MASQUEFA, *La restructuration*, L.G.D.J., 2000, p. 134, n° 177.

<sup>9</sup> On peut notamment citer les prises de contrôle de Perrier par Nestlé, de McDonnell Douglas par Boeing, de Paribas par la BNP : V. Ch. MASQUEFA, *La restructuration*, LGDJ, 2000, p. 1.

économiques et financières en cours<sup>10</sup>. Globalement, on peut faire une distinction entre ces différents mécanismes de restructuration ou de concentration, selon qu'ils viennent du droit des contrats ou du droit des sociétés.

**4. Mécanismes institutionnels de concentration-** Pour rendre plus facile aux entreprises la faculté de mutation, le droit des sociétés a mis à leur disposition un certain nombre d'instruments structurels<sup>11</sup>. La première caractéristique de ces mécanismes, c'est d'impliquer, le plus souvent, une modification du pacte social de la ou des structures initiales. Ils produisent donc un certain impact sur celles-ci. Parmi ces mécanismes structurels de concentration, les fusions et les scissions demeurent les plus caractéristiques<sup>12</sup>. L'autre aspect qui fait la particularité de ces mécanismes, consiste en ce que leur mise en œuvre est soumise à des dispositions légales et réglementaires préétablies et strictes<sup>13</sup>. Si ce formalisme strict qui les entoure rend, dans une certaine mesure, plus sécurisant leur appréhension, il reste qu'ils sont souvent perçus par certains acteurs économiques comme très contraignants. D'où le recours de plus en plus fréquent à d'autres moyens de concentration plus flexibles.

**5. Mécanismes contractuels de concentration-** Ces mécanismes de concentration ont pour caractéristiques communes d'être, d'une part, plus disparates et, d'autre part, d'être le fruit de l'imagination des parties. Réfractaires à toute restriction systémique, certains acteurs économiques préfèrent recourir à des outils de concentration contractuels<sup>14</sup>, moins contraignants que les mécanismes institutionnels. On peut notamment citer les cas de cession de contrôle<sup>15</sup>, de convention de successeur<sup>16</sup>, de groupes de sociétés ou même, dans certains cas, de la location gérance.

De tous ces mécanismes de concentration, les fusions et scissions demeurent les plus complets. Si cette remarque justifie le plus souvent leur utilisation, d'autres raisons n'en expliquent pas moins celle-ci.

---

<sup>10</sup> V. Ch. MASQUEFA, op. cit., p. 3, n° 5.

<sup>11</sup> V. Ch. MASQUEFA, La restructuration, op. cit. p. 140.

<sup>12</sup> On peut également citer l'apport partiel d'actif comme mécanisme structurel de concentration.

<sup>13</sup> Pour preuve tout le formalisme strict entourant les procédures de réalisation des fusions et des scissions.

<sup>14</sup> V. G. VIRASSAMY, Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, p. 48. B. MERCADAL et P. JANIN, Les contrats de coopération inter-entreprises, éd. F. Lefebvre, 1974.

<sup>15</sup> V. en ce sens notamment J. PAILLUSSEAU et R. CONTIN, *La cession de contrôle d'une société*, J.C.P. éd. G 1969, 1, 2287.

<sup>16</sup> V. notamment Cass. com., 12 novembre 1996, SA Bull., n° 1682 D : Dr. soc., mai 1997, comm. 95, p. 21, note J.-L. PIERRE cité par Ch. MASQUEFA, préc. p. 141.

**6. Impératifs justificatifs du recours aux fusions et scissions-** Si de façon globale les motivations à la base d'une opération de fusion ou de scission demeurent les mêmes<sup>17</sup>, il faut tout de même, à notre avis, relever qu'il y a dans beaucoup de cas quelques nuances. C'est pourquoi, dans une optique d'une meilleure lisibilité de l'analyse, il conviendrait, d'examiner successivement les raisons du recours à une fusion et scission.

**7. Choix des fusions**<sup>18</sup>- La décision pour une entreprise de « *se faire absorber* » peut procéder de deux raisons ou philosophies différentes. La première<sup>19</sup> peut se traduire au travers d'une perspective de préservation. En effet, il peut advenir que l'entreprise présente une valeur patrimoniale, financière ou même potentielle. Elle peut également disposer à son actif de moyens techniques performants, de brevets, d'un réseau commercial, d'un nom ou d'une marque. Toutefois, en dépit de sa valeur ou de ses précieux actifs dont elle dispose, l'entreprise peut se retrouver dans une situation hautement difficile qui risquerait de la faire disparaître<sup>20</sup>. Et ce, du fait que soit ses installations sont obsolètes, soit que ses disponibilités financières ne lui permettent pas de faire face à sa politique d'investissement, notamment pour se rénover ou mener une politique d'expansion qu'impose, aujourd'hui, le marché caractérisé par une certaine globalisation ; soit encore, et c'est de plus en plus le cas pour les entreprises de petites ou moyennes tailles, parce que les managers sont décédés ou ont atteint l'âge de la retraite et que les héritiers ne manifestent aucun intérêt à la reprise ou ne présente pas la maturité et l'expérience requises pour une reprise efficace. Pour toutes ces raisons, une entreprise peut décider de se faire absorber par une autre. Si pour l'entreprise absorbée, la fusion-absorption apparaît être un moyen de sauvegarde, pour l'absorbante, elle constitue un moyen de croissance économique incontestable.

La deuxième raison<sup>21</sup>, qui est celle la plus fréquemment évoquée, porterait sur une philosophie d'expansion, c'est-à-dire sur la création d'un effet de synergie<sup>22</sup>. Il peut, en

---

<sup>17</sup> Celles reposant sur une politique générale et efficace des dirigeants permettant de définir des objectifs à long, moyen et court terme aux fins de préserver ainsi que d'accroître la croissance et la pérennité de l'entreprise.

<sup>18</sup> Il convient d'insister sur le fait que nous n'avons pas la prétention, au travers de ce modeste paragraphe, d'avoir fait le tour de l'ensemble des raisons justifiant le recours aux fusions et scissions. Il s'agit juste, pour nous, dans une certaine compréhension des opérations que nous étudions d'évoquer certaines des motivations qui se trouvent à la base de leur choix, à l'inverse d'autres opérations qui aboutissent, comme elles, à une modification des structures de l'entreprise.

<sup>19</sup> V. M. CHADEFEAUX, *Les fusions de sociétés, régime juridique et fiscal*, G. Revue Fiduciaire, 5<sup>e</sup> éd., 2005, p. 20.

<sup>20</sup> Il peut en être notamment le cas dans le cadre d'une entreprise en difficulté. Rappelons-nous que la loi du 25 janvier 1985 prévoit que le plan de redressement de l'entreprise peut se faire par la cession de celle-ci à un repreneur. Or, parfois cette reprise va en particulier pouvoir se faire par voie d'absorption de l'entreprise en difficulté par la société acquéreur. Ce faisant, la fusion participe à la sauvegarde de la pérennité de l'entreprise. La fusion devient, en ce cas, un instrument de transmission d'entreprises.

<sup>21</sup> V. M. CHADEFEAUX, *Les fusions de sociétés*, op. cit. idem.

effet, arriver que, l'entreprise dispose à son actif de techniques innovatrices, de brevets très précieux ou d'un personnel compétent et dynamique et se trouver, par ailleurs, en face d'un marché potentiel important s'ouvrant à elle. Et malgré tout, il se peut qu'en pareilles circonstances, l'entreprise ne soit pas en mesure de réunir seule les possibilités financières nécessaires pour réaliser sa politique d'expansion<sup>23</sup>. Preuve est ainsi faite qu'une opération de fusion peut s'opérer entre sociétés de taille et de rentabilité différentes.

**8. Sociétés susceptibles de fusionner-** De cette même façon, une opération de fusion peut, sans conteste, se réaliser entre plusieurs sociétés de formes différentes ou similaires. Elle peut, par exemple, intervenir entre sociétés anonymes et sociétés à responsabilité limitée<sup>24</sup>. Ces opérations peuvent aussi intervenir entre associations<sup>25</sup>. Car, il est admis que la différence de forme ne constitue pas un obstacle à la réalisation d'une fusion ou d'une scission. Par exemple une société à responsabilité limitée peut absorber une société en nom collectif<sup>26</sup> ; de même qu'une scission de sociétés anonymes est possible au profit d'autres sociétés anonymes ou sociétés à responsabilité limitée<sup>27</sup>.

Le législateur est allé même plus loin en admettant l'absorption d'une société en liquidation, quelle que soit sa forme, par une autre société à condition, toutefois, que le partage de l'actif de la première, entre les associés, n'ait pas donné lieu à un commencement d'exécution<sup>28</sup>.

**9. Choix des scissions-** Le recours à l'opération de scission se rencontre particulièrement chez les entreprises d'une certaine dimension. Une entreprise de taille

---

<sup>22</sup> Nul ne peut contester l'importance des coûts de recherche, de production et de promotion pour une entreprise. Ces coûts sont tellement élevés, qu'ils condamnent nombre d'entreprises à la disparition. Aussi, les entités de taille importante disposent-elles de la possibilité de répartir entre leurs composantes les coûts fixes. Il semble que très souvent, ces économies d'échelle représentent la raison essentielle d'absorption d'une société pour les parts de marché qu'elles représentent. Pour les mêmes raisons d'économie, on procède aussi à la suppression de services Achats ou de Marketing dont le maintien n'est plus nécessaire. Ce qui aura pour conséquence, en définitive, de permettre la réduction des prix de revient grâce à l'amélioration des conditions de production, de distribution ainsi que des études et des recherches.

<sup>23</sup> A côté des raisons qui justifient le recours à une fusion plutôt qu'à une autre opération de concentration, il y a aussi celles qui fondent le choix de la fusion-absorption au détriment de la fusion par création de société nouvelle.

<sup>24</sup> V. GUYON Y., Droit des affaires, T.1, 11<sup>e</sup> éd., Economica, n° 628, p. 671.

<sup>25</sup> V. CJCE, 23 avril 1986 : D. 1987, p. 77, Obs. V. CONSTANTINESCO et D. SIMON.

<sup>26</sup> Il est en outre possible qu'il s'opère une fusion entre une société anonyme et une société en nom collectif. Voir en ce sens : CA Paris, 3<sup>e</sup> ch., sect. C., 21 septembre 2001 : Bull. Joly, janvier 2002, n° p. 54, § 9.

<sup>27</sup> Il est aussi admis qu'une société d'investissement puisse être absorbée par une société de droit commun : V. Cass. Com., 13 oct. 1971, JCP 1972, éd. G., II, 16949, Obs. OPPETIT. On admet également qu'une société de droit commun puisse être absorbée par une société coopérative à condition, cependant, que la décision soit prise à l'unanimité des associés puisque, dans cette hypothèse, l'opération débouche sur un accroissement des engagements des associés du groupement de droit commun.

<sup>28</sup> Cette affirmation a un double fondement légal. Il y a d'abord, l'article 1844-4, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, selon lequel « une société, même en liquidation, peut être absorbée par une autre société ou participer à la constitution d'une société nouvelle, par voie de fusion ». Quant à l'alinéa 2, du même Code, il dispose que « qu'elle peut aussi transmettre son patrimoine par voie de scission à des sociétés existantes ou à des sociétés nouvelles ». En outre, le Code de commerce, au travers de son article L. 236-1, évoquant les opérations de fusion et de scission dispose que « ces mêmes possibilités sont ouvertes aux sociétés en liquidation à condition que la répartition de leurs actifs entre les associés n'ait pas fait l'objet d'un début d'exécution ».

critique peut, à un moment de son évolution, exprimer le besoin de se scinder en plusieurs parties, destinées soit à d'autres sociétés existantes, soit à créer des sociétés nouvelles<sup>29</sup>. Ici, une remarque particulière s'impose. C'est que l'opération de scission est souvent opérée dans une optique de rendre plus facile et efficace la gestion de l'entreprise scindée. La scission peut, en effet, donner l'opportunité à une grosse entreprise ou un grand groupe, caractérisé par une certaine lourdeur, de se décomposer en plusieurs entreprises plus aisément gérables.

Au regard de toutes les raisons précédemment évoquées, on comprend, dès lors, le recours de plus en plus fréquent aujourd'hui aux procédés de fusion et de scission<sup>30</sup>, dont les avantages ne sont pas moins évidents<sup>31</sup>. Ces opérations de concentration, nées de la pratique, reconnues dans un premier temps, par la jurisprudence<sup>32</sup> puis, dans un second, par le législateur, méritent dès lors d'être définies.

**10. Définition des fusions<sup>33</sup>** - Les fusions vues sous un angle générique, peuvent traduire plusieurs techniques de restructurations<sup>34</sup>. Mais, notre étude portera, plutôt, sur les

---

<sup>29</sup> On peut notamment citer le cas de la Compagnie Immobilière Phénix le 8 décembre 1995 au profit de sept sociétés nouvelles : V. Cass. com., 15 juin 1999, Rev. soc. 1999.844.

<sup>30</sup> Il semble, toutefois, qu'en France l'intérêt pour les fusions et scissions ne datent pas d'aujourd'hui. L'intérêt pour les fusions serait apparu dès la moitié du 19<sup>e</sup> siècle, en l'occurrence dans le secteur bancaire. A ce titre, on peut relever qu'en 1872, la banque de Paris, fusionnait avec celle de crédit Pays-Bas. De cette fusion est née l'une des plus importantes institutions bancaires françaises, la « Banque de Paris et des Pays-Bas ». De même, peut-on noter, la fusion du Comptoir national et d'escompte de Paris et de la Banque nationale pour le commerce et l'industrie qui donna naissance à la « Banque nationale de paris » : V. Raymond FARHAT, *Le droit bancaire*, p.108.

<sup>31</sup> Cependant, ces quelques avantages ne doivent aucunement permettre d'occulter les inconvénients inhérents à ces techniques de concentration de sociétés. Ces inconvénients peuvent être relevés à un triple point de vue. En premier lieu, une fusion peut avoir un effet contraire à celui que recherchent ses auteurs. C'est ainsi qu'une fusion mal conçue ou encore mal réalisée peut, en effet, contre toute attente de souplesse et de dynamisme, être source de paralysie liée au gigantisme résultant de l'opération. En d'autres termes, une telle technique de concentration est susceptible d'amplifier les difficultés antérieures des entreprises en cause, au lieu de les résorber ou de les réduire.

<sup>32</sup> La première définition de l'opération de fusion a en effet été donnée par la chambre commerciale de la Cour de cassation : V. Cass. com., 28 janvier 1946, D. 1946.168.

<sup>33</sup> Il convient de noter qu'à côté de la définition que le droit des sociétés donne des fusions, il en existe une autre résultant du droit fiscal. Cette définition a été le fait de la loi de finances pour 2002, qui a ainsi comblé l'absence d'une définition fiscale générale des fusions. Désormais, elles sont fiscalement définies comme étant les opérations par lesquelles : « -une ou plusieurs sociétés absorbées transmettent, par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine à une autre société préexistante absorbante, moyennant l'attribution à leurs associés de titres de la société absorbante et, éventuellement, d'une soule ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale de ces titres ;

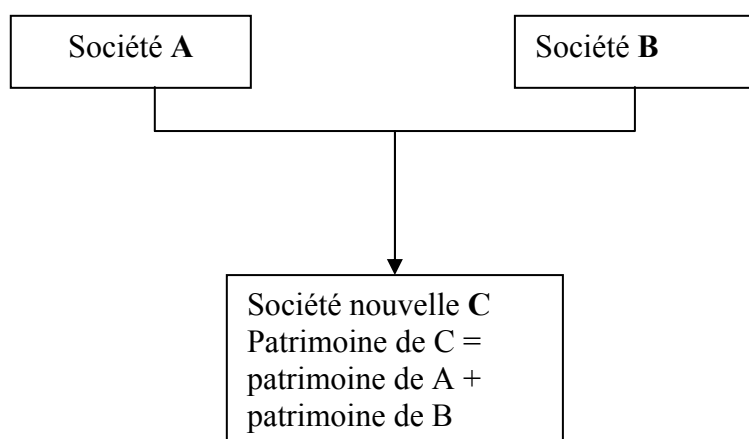
-deux ou plusieurs sociétés absorbées transmettent, par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine à une société absorbante qu'elles constituent, moyennant l'attribution à leurs associés de titres de la société absorbante et, éventuellement, d'une soule ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale de ces titres ». Si, a priori, cette définition fiscale n'apporte pas grand chose à la notion de fusion, car reprenant tout simplement la distinction classique entre la fusion par absorption et la fusion par création de société nouvelle, il n'en demeure pas moins qu'elle a un certain mérite. Elle permet, désormais, de faire profiter le régime fiscal de faveur des fusions proprement dites à d'autres opérations assimilées, notamment les opérations de dissolution-confusion et certaines opérations de restructurations impliquant des sociétés étrangères. Ceci est une avancée lorsqu'on sait que, dans une instruction du 3 août 2000, le fis rappelait que des opérations de restructurations transfrontalières ne pouvaient accéder au régime de faveur qu'autant qu'elles sont considérées, au regard de chaque législation nationale, comme des opérations de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actifs.

<sup>34</sup> D'abord, il y a ce qu'on nomme les fusions classiques qui se traduisent soit par la combinaison, à l'intérieur d'une société nouvelle, de deux ou plusieurs autres sociétés : on parle alors de fusion combinaison ou de fusion réunion ou

fusions proprement dites. Celles-ci furent légalement définies, pour la première fois, en 1966 et ce, en distinguant deux variétés<sup>35</sup>.

**11. Fusion-combinaison** - La fusion-combinaison, appelée aussi fusion-réunion, est l'opération par laquelle, deux ou plusieurs entreprises se dissolvent pour former une société nouvelle, qui recueillera l'ensemble de leurs patrimoines (**V. Fig.1.**). Autrement dit, les sociétés participantes vont se fondre pour donner naissance à une nouvelle structure. A titre d'exemple la société « Aventis », née de la fusion des entreprises « *Hoescht* » et « *Rhône-Poulenc* », a ainsi recueilli l'ensemble des actifs et passifs de ces deux sociétés, dissoutes sans liquidation. Les actionnaires des entreprises dissoutes recevront, à cet effet, des titres de la société nouvelle en échanges de ceux qu'ils détenaient auparavant.

**Figure.1.**



**12. Fusion-absorption** - On parle de fusion-absorption, en revanche, lorsqu'une société déterminée, par exemple A absorbe une autre société B. Par cette opération, la première recueille l'ensemble des actifs et passifs de la seconde qui disparaît.

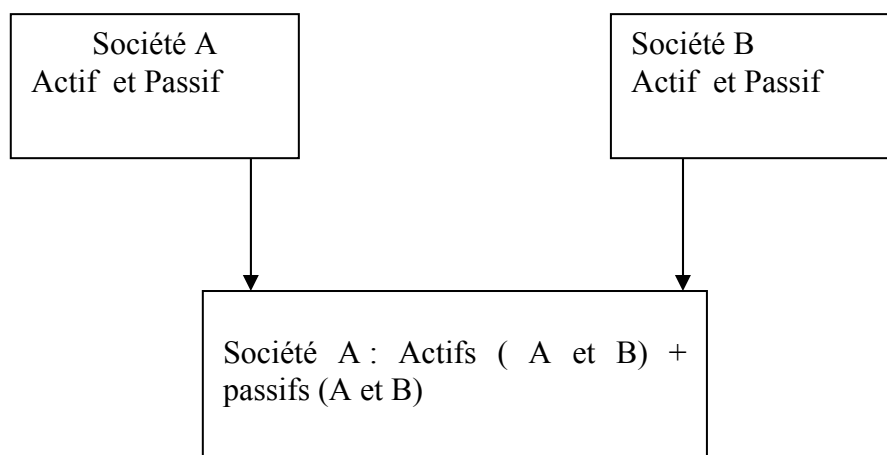
---

encore de fusion par création de société nouvelle. La fusion peut, en outre, se réaliser par l'absorption d'une ou de plusieurs sociétés par une autre société. En une telle hypothèse, on parlera de « *fusion-absorption* » ou de fusion-annexion. On a, également, l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions, prévu par l'article 387 de la loi du 24 juillet 1966, pour les SA et l'article 388-1 pour les SARL. On peut également noter la dissolution par confusion de patrimoine que consacre l'article 1844-5, alinéa 3, du Code civil, qui constitue une forme de fusion. De même qu'on peut citer ce que la pratique appelle la « fusion à l'anglaise » qui n'est rien d'autre qu'une modalité d'apport de titres au profit d'une société, l'apporteur recevant en contrepartie des titres apportés, des titres de la société bénéficiaire de l'apport. La qualification de cette opération d'apport de titres de fusion vient du fait que la directive européenne l'assimile aux opérations de fusion. Enfin, est parfois incluse comme étant une opération de fusion, au sens générique du terme, l'opération de scission proprement dite.

<sup>35</sup> Voir en ce sens C. com., art. L. 236-1, al. 1 et 2, art. 371 anc. L. n° 66-537 du 24 juillet 1966.

Contrairement à la fusion proprement<sup>36</sup> dite, ici, toutes les sociétés ne disparaissent pas. Il y en a une qui survit à l'opération de fusion (**V. Fig.2**). Aussi, les actionnaires de la société dite absorbée, c'est-à-dire celle qui disparaît, recevront des actions nouvelles émises par la société bénéficiaire de l'apport, c'est-à-dire la société absorbante. Il peut arriver que celle-ci détienne déjà une participation majoritaire dans la première<sup>37</sup>. Dans ces conditions, il s'agira de l'absorption d'une filiale par la société mère ou contrôleuse<sup>38</sup>.

**Figure.2.**



**13. Définition de la scission** - Contrairement à la fusion, la scission<sup>39</sup> constitue l'opération par laquelle une société se divise et apporte son patrimoine à deux ou plusieurs

<sup>36</sup> Il y a, également, ce qu'on appelle parfois la fusion *lato sensu*. Il s'agit de l'opération aux termes de laquelle des titres d'une société X sont apportés à une société Y rémunérés par des titres de la société Y : il s'agit de l'apport de titres débouchant souvent sur un contrôle de la société bénéficiaire de l'apport.

<sup>37</sup> Même si l'une des sociétés participantes à l'opération de fusion n'est pas une filiale de l'autre, il peut malgré tout exister entre elles un certain lien. C'est-à-dire que l'une d'elles peut détenir des participations dans le capital de l'autre, comme il est également possible qu'elles soient detentrices de participations réciproques. Ainsi, il peut arriver que la société absorbante détient une participation dans le capital de la société absorbée ou vice-versa. Ceci est d'autant plus vrai et naturel que l'opération de fusion représente, dans nombre de cas, la phase finale d'un rapprochement entre sociétés.

<sup>38</sup> C'était le cas de la fusion de la société « Peugeot » avec « Talbot » ou encore de celle de « Carrefour » avec « Mammouth ».

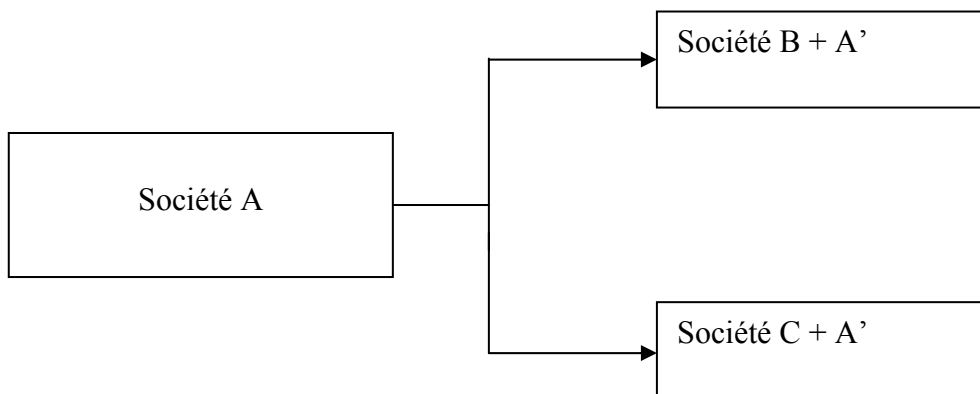
<sup>39</sup> C'est une opération qui ressemble à l'opération d'apport partiel d'actif en ce que toutes les deux supposent la division de la société en cause. Ce qui a d'ailleurs amené le législateur à faire bénéficier l'apport partiel du régime de faveur des fusions et scissions. Toutefois, les deux opérations s'en distinguent juridiquement. Il y a apport partiel d'actif, lorsqu'une société fait apport à une autre société, ad hoc ou existante, d'une partie de ses éléments d'actif et reçoit en contrepartie des titres émis par la société bénéficiaire. Cet apport effectué peut aussi bien porter sur un élément isolé que sur un ensemble de biens tel qu'une branche d'activité. Dans le cadre de l'apport partiel d'actif, c'est la société apporteuse qui reçoit les titres émis par la société bénéficiaire en contrepartie de l'apport effectué. Ceci constitue une première différence entre l'apport partiel d'actif et la scission de société. La seconde différence, c'est que, contrairement à la société qui se scinde, la société qui fait apport partiel de son actif subsiste après l'opération : V. M. GERMAIN, *Traité de droit*



autres sociétés, existantes ou constituées ad hoc<sup>40</sup>. C'est dire que cette forme de concentration ou de restructuration peut prendre deux formes.

**14. Scission au bénéfice de sociétés existantes** - La scission, en cette hypothèse, suppose que la société qui se scinde apporte son patrimoine à deux ou plusieurs autres sociétés existant déjà (**V. fig.3.1**). Ce faisant, ces sociétés bénéficiaires vont devoir augmenter leur capital suite à la réception de l'apport qui leur est fait et émet de nouveaux titres au bénéfice des associés de la société scindée.

**Figure.3.1.**



**15. Scission au bénéfice de sociétés nouvelles** - Dans le cadre de cette deuxième forme de scission, la société scindée certes disparaîtra, au terme de sa dissolution sans liquidation. Cependant, à la différence de la précédente formule, l'apport de son patrimoine est opéré au profit de sociétés qui seront constituées pour la circonstance (**V. Fig.3.2**). En d'autres termes, ici, il n'y aura pas d'augmentation de capital de la part des sociétés bénéficiaires. Cette définition de l'opération de scission, comme on peut le constater, ressemble fortement à celle donnée par l'article 1844-4 du Code civil, selon lequel une société peut « *transmettre son patrimoine par voie de scission à des sociétés existantes ou à des sociétés nouvelles* ». En échange de ces apports, les actionnaires de la société scindée recevront des titres émis par ces sociétés bénéficiaires dites nouvelles<sup>41</sup>, comme c'est le cas en matière de fusion. La scission se distingue, toutefois, de celle-ci en ce qu'elle implique

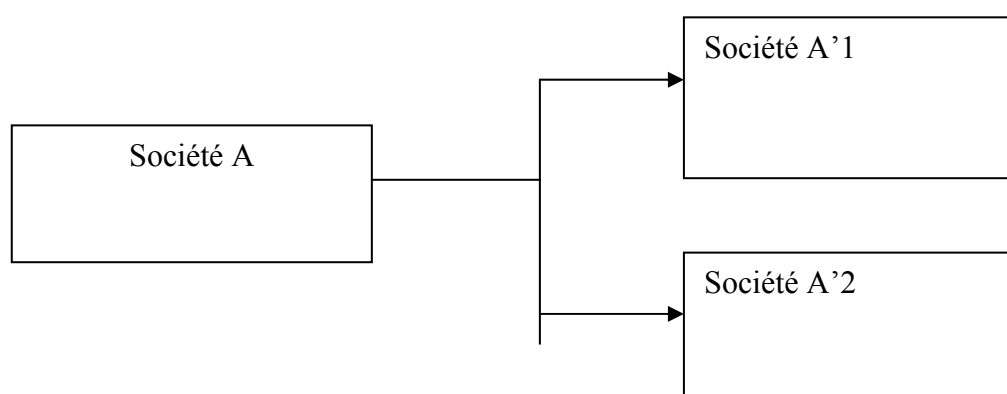
commercial G. Ripert et R. Roblot, t. 1-vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 18 éd., L.G.D.J., 2002, p. 662, n° 1989 ; M. CHADEFAUX, *Les fusions de sociétés, régime juridique et fiscal*, éd. G.R. Fiduciaire, 2005, p. 422, n° 1586 et s.

<sup>40</sup> V. C. com., art. L. 236-1 préc. ; M. CHADEFAUX, *Les fusions de sociétés*, op. cit., p. 381, n° 1364 et s.

<sup>41</sup> A l'instar de la fusion, la scission de société se caractérise par trois éléments majeurs. La société qui en est l'objet est avant tout dissoute mais sans être liquidée. Puis, s'opère de ce fait la transmission de l'ensemble de son patrimoine aux sociétés bénéficiaires. Enfin, comme la fusion, la scission implique, également un échange de droits sociaux. Autrement dit, les associés de la société qui s'est scindée recevront des titres émis par les sociétés bénéficiaires des apports.

l'éclatement du patrimoine d'une société, patrimoine qui est ensuite transféré à plusieurs sociétés bénéficiaires au lieu d'une seule. Ces deux opérations, très connues de la pratique possèdent, malgré tout, la même nature juridique.

**Figure.3.2.**



**16. Nature juridique des fusions et des scissions-** L'importance de ces opérations dans le cadre des restructurations d'entreprises et au regard du thème de notre recherche, requiert de s'attarder quelque peu sur ce qui fait leur nature juridique propre. Selon l'article L.236-3 du Code de commerce, la fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation<sup>42</sup> des sociétés qui disparaissent, et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, et cela, dans l'état où ce patrimoine se trouve à la date de la réalisation définitive de l'opération. Se trouve ainsi consacrée la caractéristique essentielle qui forme la nature juridique de ces opérations. Cette indication du législateur permet de constater les conséquences qu'impliquent de telles opérations.

**17. La dissolution sans liquidation** - Les fusions et de scissions, nous venons de le souligner, impliquent forcément l'affectation d'au moins une des sociétés en présence.

<sup>42</sup> Le critère de l'absence de liquidation lorsqu'il y a fusion n'a pas toujours été une caractéristique connue d'une telle opération. A l'origine, on considérait que lorsqu'il y a fusion de deux sociétés pour donner naissance à une société nouvelle, deux conséquences principales en découlent. Les sociétés qui disparaissent doivent d'abord procéder à leur dissolution et liquidation, chacune de son côté, avant de procéder au transfert du patrimoine à la nouvelle entité. Il en est de même lorsque la fusion est une fusion-absorption. Ici aussi, il doit y avoir dissolution et liquidation préalables, la seule nuance étant que seule la société absorbée était soumise à cette obligation. Le fondement d'une obligation était tiré des règles du droit des sociétés. On considérait en effet que les dispositions générales de formation et de liquidation des sociétés devaient également s'appliquer à la fusion, considérée comme une modalité particulière de dissolution: V. M. FLEUREAU, « *Les fusions de sociétés d'assurance* », thèse, Paris, 1933, p. 2.

N'oublions pas qu'aussi bien le Code civil, en son article 1844-5, alinéa 3, que le Code de commerce, au travers de son article L.236-3, alinéa 1<sup>er</sup>, admettent que ces opérations entraînent la « dissolution » d'au moins l'une des parties participantes. Or, au cours de sa vie une société est souvent amenée à conclure des contrats avec des partenaires aussi nombreux que divers. Si, de façon générale, la société naît par un contrat<sup>43</sup>, il est incontestable qu'elle vit et se développe grâce aux contrats conclus avec ses nombreux et divers partenaires, internes ou externes. Certaines interrogations peuvent, dès lors, se poser lorsqu'une société commerciale devient partie à une opération de concentration, dont notamment l'influence de l'opération de fusion ou de scission sur les contrats à son actif.

**18. Objet de la recherche** - L'objet de cette étude consiste, justement, à déterminer et approfondir le sort des contrats dans le cadre des fusions et scissions de sociétés commerciales. Par conséquent, les opérations juridiques non qualifiées de fusion ou de scission, au strict plan juridique, seront écartées de cette recherche<sup>44</sup>. Ainsi, dans le cas où une société avec laquelle un individu ou une autre société a conclu des contrats participe à une opération de fusion ou de scission, l'une des questions les plus importantes à résoudre concerne l'incidence de cette opération sur ces contrats conclus. Qu'advient-il à ceux-ci ? Le cocontractant de la société disparue, peut-il, par principe, refuser la poursuite des contrats en question au profit de la société bénéficiaire du seul fait de la fusion ou scission ? La société absorbante ou nouvelle peut-elle refuser, en ce qui la concerne, de poursuivre les contrats figurant dans le patrimoine reçu de la société absorbée ou fusionnée ? Ou, au contraire, est-elle supposée, par principe, recueillir et continuer lesdits contrats ? Si c'est le cas, dans quelles conditions cette transmission s'opérera-t-elle ? En d'autres termes, quels sont les critères de la continuation de ces contrats ? Tous les contrats sont-ils concernés ? Quelles sont les solutions légales ou réglementaires à propos de toutes ces questions ? Le législateur, qu'il soit communautaire ou français, y a-t-il prévu des solutions ? Répondre à toutes ces questions mérite, à notre avis, de rappeler l'effet essentiel des fusions et scissions.

**19. Principe de la transmission universelle de patrimoine** - L'effet majeur, pour ne pas dire unique, des fusions et des scissions lorsqu'elles s'opèrent, c'est d'impliquer la transmission de l'ensemble du patrimoine des sociétés absorbées ou fusionnées aux

---

<sup>43</sup> En effet, exceptions faites de l'EURL et de la SASU, toute société naît, par principe, grâce à un accord de volontés. Ceci est confirmé par l'article 1832 du Code civil selon lequel « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un **contrat** (...) en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ».

<sup>44</sup> Cependant, cela ne nous empêchera pas, toutes les fois que cela sera opportun, de faire un parallèle entre les fusions et certaines opérations qui leur sont proches.

sociétés bénéficiaires, et cela, dans l'état où se trouvent ce patrimoine au jour de l'opération<sup>45</sup>. Il apparaît ainsi que ces opérations se caractérisent par le principe de la transmission universelle de patrimoine, selon lequel l'ensemble de l'actif et du passif de la société absorbée est transmis à la société absorbante ou nouvelle, résultant de l'opération<sup>46</sup>. Même si ces opérations s'opèrent avant tout par le biais d'une convention, le traité de fusion ou de scission, il n'en demeure pas moins que la notion de transmission universelle de patrimoine a un fondement légal qui est double, issu à la fois des Codes civil<sup>47</sup> et de commerce<sup>48</sup>. De telles affirmations permettent de constater que le principe du transfert universel du patrimoine constitue un principe fondamental du droit des fusions et des scissions<sup>49</sup>. Si tout le patrimoine de la société absorbée ou scindée, aux termes de l'opération de fusion ou de scission, qu'en sera-t-il du cas particulier des contrats à son actif ? La réponse logique à cette question ne saurait qu'être positive, conformément au principe de la transmission universelle de patrimoine.

## **20. Transmission automatique des contrats en cours de la société absorbée-**

Rappelons que la transmission universelle a pour conséquence principale et originale d'entraîner le transfert de l'ensemble des droits et obligations, contractuels ou extra-contractuels, de la société fusionnée ou scindée au profit de la société bénéficiaire, et cela, sans que ce transfert emporte novation ou déchéance du terme des droits et obligations ainsi transmis. Cette règle de transmission universelle du patrimoine fait, qu'au même titre que les autres éléments composant le patrimoine social, les contrats en cours de la société fusionnée ou scindée vont tous être transmis, de plein droit, à la société bénéficiaire, c'est-à-dire à la société absorbante ou nouvelle.

**21. De l'opposabilité du transfert des contrats aux cocontractants de la société fusionnée ou absorbée-** Le transfert, résultant des fusions et scissions, n'étant pas un cas de cession, il n'y aura pas, par principe, à observer quelques formalités particulières que ce

<sup>45</sup> V. M. JEANTIN, *La transmission universelle du patrimoine d'une société*, in Mélanges Derruppé, Litec, 1991, p. 287 ; M.-L. COQUELET, *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, thèse Nanterre, 1994 ; M. GERMAIN, traité de droit commercial préc., n° 1975.

<sup>46</sup> Cf. O. BARRET, "A propos de la transmission universelle du patrimoine" in Mélanges M. JEANTIN, Dalloz, 1999, p. 109 ; M.-L. COQUELET, « *La transmission universelle en droit des sociétés* », th., Paris Nanterre, 1994 ; M. JEANTIN, « *La transmission universelle du patrimoine d'une société* » in Mlges DERRUPPE, GLN-Joly, éd. Litec 1991, p. 287.

<sup>47</sup> Il est dit, aux termes de l'article 1844-4, alinéa 1 du Code civil, qu'« une société, même en liquidation, peut être absorbée par une autre société ou participer à la constitution d'une nouvelle, par voie de fusion ». De même qu'il est dit, dans le deuxième alinéa, toujours du même texte, « qu'elle(la société) peut aussi transmettre son patrimoine par voie de scission à des sociétés existantes ou à des sociétés nouvelles ».

<sup>48</sup> Le Code de commerce, en son article L. 236-1, alinéa 1<sup>er</sup> précise qu'« une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent ».

<sup>49</sup> Cf. M. GERMAIN, *Traité de droit commercial* G. Ripert et R. Roblot, t.-vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 18<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 2002, p. 651, n° 1975 ; N. MORELLI, *Le sort du cautionnement dans les opérations de fusions* : Bull. Joly, juillet 2004, chr. § 186, p. 933.

soit pour que la société bénéficiaire recueille et continue les contrats en cours figurant dans le patrimoine de la société dissoute sans liquidation. Il faut, en effet, insister sur le fait que la transmission, en l'espèce, est d'abord « *universelle* » et, ensuite, « *automatique* », et cela, de l'avis même du législateur<sup>50</sup>. Ce qui suppose, par conséquent, que le transfert des contrats de la société absorbée, au profit de la société absorbante ou nouvelle, s'impose, par principe, à ses cocontractants. Cette opposabilité de principe de la poursuite des contrats aux cocontractants, tiers à l'opération de fusion ou de scission, se justifie par « *la combinaison des règles du transfert universel de patrimoine, qui dispensent de l'accomplissement des formalités d'opposabilité propre à chaque catégorie de biens et de celles de la publicité légale de la fusion et de la scission par mention au Registre du commerce et des sociétés*<sup>51</sup> ». Aussi, exception faite de certains biens<sup>52</sup> dont des textes particuliers écartent leur transfert automatique, la règle de la transmission universelle emporte naturellement, par principe et de plein droit, la continuation de l'ensemble des contrats de la société au profit de la société bénéficiaire, et cela, sans qu'aucune formalité particulière soit nécessaire. C'est cela qui fait l'essence même des opérations de fusion et de scission<sup>53</sup>.

**22. Renforcement du principe de la continuation des contrats par la loi-** Cette analyse de continuation de droit des contrats se trouve renforcée, au-delà du principe de la transmission universelle consacré par l'article L.236-3 du Code de commerce, par une autre disposition du même Code, en l'occurrence l'article L. 236-14<sup>54</sup>. Selon ce texte, « *la société absorbante est débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée au lieu et place de celle-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard* ». Ce texte vient ainsi confirmer la transmission principielle et non formaliste résultant des fusions et des scissions.

Cette transmission unique et simplifiée des éléments composant le patrimoine de la société absorbée, dont les contrats, au-delà d'être conforme à la loi est, en outre, nécessaire à la continuité de l'activité sociale transmise, sans laquelle aucun développement, ni aucune transmission d'entreprise ne seraient possibles. Cela prouve, à tous égards, l'enjeu

<sup>50</sup> Cf. C. com., art. L. 236-3 préc.

<sup>51</sup> V. M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, 3<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1994, p. 388, n° 765.

<sup>52</sup> C'est le cas notamment des immeubles, marques et brevets. Ceci vient d'ailleurs d'être rappelé par un récent arrêt de la Cour d'appel de Paris dans une affaire portant sur l'opposabilité des droits portant sur une marque, à l'issue d'une opération de fusion-absorption : V. C.A. Paris, 13 octobre 2004, RJDA 3/05 N° 266, p. 222.

<sup>53</sup> V. D. BASTIN, *Les fusions et les scissions de sociétés*, J.-cl. Sociétés, fasc. 164-2 et s. ; A. CHAPERT, *Essai de synthèse en matière de fusions, scissions et apports partiels d'actif*, Defrén. 1989.65 ; Y. CHEMINADE, *La nature juridique de la fusion*, RTD com., 1970, p. 15 ; J. MARTIN, *La notion de fusion*, RTD com., 1978, p. 269.

<sup>54</sup> Ce texte a repris les dispositions de l'article 381 de la loi ancienne du 24 juillet 1966.

d'un tel principe en faveur des opérations de concentration d'entreprises. Par ailleurs, on peut relever que, contrairement à la cession, il protège mieux les intérêts des cocontractants de la société qui disparaît, le patrimoine social, gage des créanciers, étant globalement transmis. Les cocontractants de la société dissoute sans liquidation seront, par conséquent, assurés de la continuation de l'exécution des contrats en cours par la société bénéficiaire, continuatrice de la société absorbée.

**23. Caractère simplificateur de la transmission universelle-** L'apport essentiel du principe de la transmission universelle de patrimoine réside dans le fait qu'il offre la possibilité aux sociétés participantes à l'opération de fusion et de scission de faire l'économie de l'application du régime juridique propre à chacun des éléments d'actif et du passif constituant le patrimoine social<sup>55</sup>. Grâce en effet à ce principe, tout le patrimoine de la société absorbée ou scindée va pouvoir être transmis d'une manière à la fois globale et simplifiée aux sociétés bénéficiaires<sup>56</sup>. En d'autres termes, aucune formalité particulière n'est, par principe, requise pour que soit efficace la transmission de chaque actif ou passif composant le patrimoine social<sup>57</sup>. Il est donc, par principe, exclu de requérir l'accord des cocontractants de la société absorbée pour que s'opère le transfert de ses contrats au bénéfice de la société absorbante. Les seules formalités requises pour la réalisation de l'opération de fusion et de scission suffisent, à elles seules, à rendre efficace la transmission de tout le patrimoine de la société qui disparaît, dont les contrats en font parties.

**24. Annonce de plan-** Cette règle de continuation des contrats qui est, par principe, aussi bien générale qu'automatique est, semble-t-il, aux dires des juges<sup>58</sup>, impuissante à permettre la transmission, et donc la continuation, de certains contrats, parce que conclus *intuitu personae*. Selon cette analyse, en dépit de l'automaticité et de l'universalité de la

---

<sup>55</sup> Cf. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, éd. Litec, 2002, n°1974; M. GERMAIN, *Traité de droit commercial* préc., p. 651 ; N. MORELLI, op. cit., p.933.

<sup>56</sup> Ce qui permet en cas de fusion et de scission d'écarter, notamment, l'application des règles relatives au transfert du fonds de commerce et aux créances de la société fusionnée ou scindée, respectivement mises en place par la loi de 1909 et l'article 1690 du Code civil.

<sup>57</sup> Ainsi par exemple, il a été décidé par la juridiction suprême que la publicité de l'article 1690 du Code civil, est inutile dans le cas où la société absorbante recueille une créance qui lui est apportée par la société absorbée avec l'ensemble de son patrimoine (V. en ce sens Cass. civ., 7 mars 1972 : JCP 1972, II, 17270, obs. Y. GUYON ; Cass. com., 1<sup>er</sup> juin 1993 : RJDA, 1993.548 ; Defrénois 1993, p. 1210, note LE CANNU). Rappelons aussi que l'article L. 141-21 du Code de commerce, écarte les mesures de publicité requises en cas d'apport d'un fonds de commerce en cas de fusion de sociétés. La transmission étant, en l'espèce, universelle il s'avère dès lors inutile, selon les juges d'appliquer la publicité mise en place par l'article L. 141-21 précité, requis pour le cas de transmission isolée, c'est-à-dire pour la cession : V. par ex. Paris, 10 avril 1986, Rev. soc. 1986.428, note J.-J. DAIGRE ; D. 1987, somm. Comm., 396, obs. BOUSQUET.

<sup>58</sup> Voir en ce sens Aix-en-Provence, 12 juin 1997 : JCP éd. E. 1997, 1, 4074, n° 10, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; P.A. du 18 février 1998, note PICHARD et, sur pourvoi, Cass. com., 30 mai 2000 : JCP 2000 éd. E., 1479, note A. VIANDIER ; D. Aff., 2000, p. 320, note M. BOIZARD ; Bull. Joly, 2000, p. 481, note M.-L. COQUELET ; Dr. Soc., 2000, n° 133, obs. Th. BONNEAU.

transmission universelle de patrimoine, celle-ci ne saurait emporter continuation, de plein droit, des contrats en cours de la société absorbée, conclus *intuitu personae*. Aussi, l'étude du sort des contrats à l'occasion d'une fusion ou scission doit-elle être menée dans deux directions. D'abord, il conviendrait de montrer que de telles opérations emportent, par principe, la continuation de l'ensemble des contrats de la société absorbée ou fusionnée figurant dans son patrimoine, au jour de l'opération (**Première partie**). L'étude de l'objet de notre recherche ne saurait être complète sans l'examen, en second lieu, de la portée du principe de la continuation des contrats, au regard en particulier des controverses tant doctrinales que jurisprudentielles soulevées par celui-ci (**Deuxième partie**).

**PREMIÈRE PARTIE LES FUSIONS ET SCISSIONS  
EMPORTENT CONTINUATION DES CONTRATS DE LA  
SOCIÉTÉ DISSOUTE SANS LIQUIDATION PAR LA  
SOCIÉTÉ BÉNÉFICIAIRE**



**25. Généralités-** Il peut sembler paradoxal et contraire à la perception classique du contrat, que des conventions, conclues par une société déterminée qui, par la suite disparaît, puissent passer dans le patrimoine d'une autre société, considérée comme bénéficiaire du patrimoine de la société disparue. Tel est pourtant le cas lorsqu'une ou plusieurs sociétés fusionnent ou se scindent. En effet, les fusions et scissions, entraînant transmission universelle du patrimoine de la société dissoute au profit de la société bénéficiaire, emportent, dès lors, transfert de l'ensemble des éléments composant le patrimoine de la première société au bénéfice de la seconde.

**26. Directions-** La transmission résultant des fusions et des scissions, étant de plein droit et de surcroît universelle porte, dès l'abord par principe, sur tout le patrimoine de la société qui disparaît y compris donc les contrats conclus par elle. La société bénéficiaire, ayant cause à titre universel universel, va ainsi recueillir et continuer tous les contrats en cours figurant dans le patrimoine de la société disparue. Dès lors, certaines questions méritent d'être posées.

**27. Plan-** Tout d'abord, celles très théoriques du principe même de la continuation des contrats et de son fondement, puis celle beaucoup plus concrète, des conditions auxquelles est subordonnée cette règle de continuation de contrats. La réponse à cette deuxième interrogation nous permettra de se demander s'il existe ou non des critères particuliers qui doivent être réunis pour que s'opère ce principe de continuation contractuelle qui résulte des opérations de fusion et de scission (**Titre II**). Mais avant, il conviendrait d'exposer ce principe de continuation des contrats de la société dissoute sans liquidation ainsi que son fondement (**Titre I**).

## **TITRE I DU PRINCIPE ET DU FONDEMENT DE LA CONTINUATION DES CONTRATS DANS LE CADRE DES OPÉRATIONS DE FUSION ET DE SCISSION**

**28. Rôle du fondement de la règle de continuation-** D'une manière générale, les institutions ou les situations juridiques se distinguent par la spécificité de leur fondement respectif, en d'autres termes par tout ce qui procède de leur raison d'être et qui, par conséquent, justifie leur existence ou leur identité. Aussi, est-ce pourquoi il est nécessaire de mettre en lumière ce qui fonde la poursuite des contrats conclus par la société abrochée ou scindée. La détermination de ce fondement permet, de plus, de dégager le lien direct qui existe entre le bénéficiaire de la transmission universelle et le cocontractant de la société qui a disparu.

**29. Détermination du fondement-** Il est admis que les dispositions légales et réglementaires, régissant les fusions et scissions, n'ont pas, d'une manière spécifique, prévu la transmission des contrats. Elles ont simplement déterminé que lesdites opérations impliquent un transfert universel du patrimoine de la société apporteuse à la société bénéficiaire. C'est les magistrats qui, face à cette carence législative, ont affirmé qu'il y a transfert de contrats et donc continuation, lorsqu'il y a fusion et scission de sociétés. Pour la doctrine aussi, en cas de fusion et scission de sociétés, les contrats conclus par la société apporteuse sont transférés au même titre que les autres éléments du patrimoine à la société bénéficiaire<sup>59</sup>. On peut, à cet effet, constater que l'analyse tant de la jurisprudence que celle de la doctrine reposent sur un fondement spécifique, légal et unique, en l'occurrence le principe de la transmission universelle de patrimoine, prévu par l'article 372-1 de l'ancienne loi du 24 juillet 1966<sup>60</sup>.

**30. Fondement de la transmission universelle-** Mais l'unité de ce fondement cède quant à la question de savoir ce qui explique la règle de transmission universelle. En effet, le fondement réel de la transmission universelle de patrimoine, et donc des contrats, qui résulte des fusions et des scissions, divise la doctrine. Le principe de la continuation de la personne morale est-elle vraiment l'élément justifiant la continuation patrimoniale dans les opérations susvisées ? Ou, au contraire, est-ce la règle de la continuité de l'entreprise qui

---

<sup>59</sup> V. M. JEANTION, *La transmission universelle de patrimoine d'une société*, Mlgès Derrupé, 1991, n°6 ; B. PICHAD, *Le transfert de contrats conclu intuitu personae*, note ss Aix-en-Provence, 12 juin 1997, P. A. du 18 février 1998.

<sup>60</sup> Cf. art. L.236-1, al.1 et 2 et l'art. L.236-3, al.1 du C. com.

fonde le transfert du patrimoine et, par conséquent, celui des contrats conclus par la société qui disparaît au profit de la société bénéficiaire ? Pour certains, la survie de l'activité contractuelle reposerait sur le principe de continuation de l'entité dissoute<sup>61</sup>. C'est-à-dire que la société bénéficiaire recueille les contrats parce qu'elle est censé continuer la « personne » de l'entité qui a disparu.

**31. Paln-** Pour d'autres, au contraire, il y a transfert de contrats parce qu'il y a continuité d'entreprise. Il conviendrait ainsi, après avoir exposé le principe de la continuation des contrats résultant d'une fusion et scission (**Chapitre I**), de déterminer ce qui, en réalité, le fonde (**Chapitre II**).

---

<sup>61</sup> V. en ce sens M.-L. COQUELET, *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, thèse Nanterre 1994.

## **CHAPITRE I LE PRINCIPE DE CONTINUATION DE L'ACTIVITE CONTRACTUELLE EN CAS FUSION OU SCISSION DU CONTRACTANT PERSONNE MORALE**

**32. Continuation du contrat : aspect du principe de la transmission universelle-** La poursuite des contrats traduit l'un des aspects de la transmission universelle du patrimoine consécutive à une opération de fusion et de scission. Ce principe conforte d'une certaine manière la nouvelle perception du contrat qui n'est plus, aujourd'hui, considéré comme uniquement une relation entre deux personnes. Cette vision du contrat est remplacée par celle qui voit en lui une valeur patrimoniale, un outil précieux au service des besoins de l'entreprise<sup>62</sup>.

Ce qui exprime bien, de plus en plus, la propension du législateur, par le biais de ses interventions dans divers domaines<sup>63</sup>, à opter pour la sauvegarde du lien contractuel. Pour le législateur, il est important de sauvegarder le contrat contre les risques résultant de certaines conjonctures économiques. Ainsi, le principe de continuation du contrat exprimé indirectement par l'article L.236-3, entre-t-il dans cette logique du maintien de l'efficacité du contrat<sup>64</sup>. D'où l'intérêt d'examiner le contenu de la règle du transfert des contrats en droit des fusions et des scissions (**Section I**) ainsi que ses conséquences (**Section II**).

### **SECTION I LE PRINCIPE DE LA CONTINUATION CONTRACTUELLE EN DROIT DES FUSIONS ET DES SCISSIONS**

**33. Du maintien des contrats-** Le souci de maintenir la poursuite de l'activité de la société dissoute sans liquidation a impliqué, dans l'esprit du législateur, que soit conservée la cohésion de son patrimoine. Aussi, la continuation des contrats apparaît-elle essentielle puisqu'elle contribue à la pérennité de la poursuite de cette activité ainsi que de la sauvegarde de l'emploi. Aussi, conviendrait-il, après avoir exposé, de façon générale, le

---

<sup>62</sup> Nous développerons plus en détails cette évolution de la notion du contrat dans la deuxième partie de notre travail.

<sup>63</sup> On peut à cet égard citer la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires, de même que l'article L.121-10 du Code des assurances. On retrouve également cette même attitude au niveau des parties contractantes qui dans la perspective d'éviter les remises en causes systématiques de leurs conventions insèrent dans celles-ci des clauses telles que celles d'indexation ou de renégociation.

<sup>64</sup> Nous utilisons l'adverbe « *indirectement* » car si le principe de la transmission universelle de patrimoine a été légalement énoncé, les conséquences qui en résultent ne sont pas précisées.

principe de la survie des contrats de la société disparue, (§.1), de s'interroger sur son application au cas particulier de la scission (§.2).

### **§.1. La continuation des contrats de la société dissoute sans liquidation**

**34.** Détermination de la notion de continuation de contrat- La continuation du contrat implique son maintien au profit de la société bénéficiaire de la transmission universelle. Lorsque s'opère une opération de fusion ou de scission, la loi postule qu'il y a transfert universel du patrimoine de la société mise en cause à la société nouvelle ou absorbante. Cela veut dire que l'ensemble du patrimoine, expression de l'«*universalité*», de la première société, est transmis à la seconde. En revanche, comme nous l'avons déjà signalé, le droit des fusions et des scissions, à l'inverse du droit du redressement et de la liquidation judiciaires<sup>65</sup>, ne précise pas de manière spécifique le sort réservé aux contrats conclus par la société, dissoute sans liquidation. Mais, ceci peut se comprendre, au moins en partie, par le fait qu'en droit des procédures collectives la transmission de l'entreprise ne s'opère pas dans le cadre d'une transmission universelle. Alors qu'en droit des fusions ou de scissions c'est le principe de l'«*universalité*»<sup>66</sup> qui s'applique au transfert de l'entreprise. Ceci implique que l'ensemble du patrimoine, sans exclusive, est transféré à la société bénéficiaire. Grâce ainsi à cette technique de dévolution, à l'instar des autres composants du patrimoine social, les contrats vont être transférés, et ce, d'une manière globale et simplifiée à l'ayant cause universel. C'est là la traduction de l'originalité d'un tel mode de transmission.

**35.** L'affirmation législative de l'universalité de la transmission des contrats- Les contrats, étant de véritables supports juridiques au service de l'entreprise dans ses rapports avec ses nombreux et divers partenaires, il est tout à fait logique, lorsqu'elle transmet son patrimoine à une autre société, que celle-ci recueille également l'ensemble des contrats en cours figurant dans ce patrimoine. L'autre originalité de cette continuation consiste en ce qu'elle s'opère de plein droit. Elle est d'autant plus automatique, qu'elle n'exige pas de formalités spécifiques. C'est ce que confirme le législateur lorsqu'il dit que la réalisation

---

<sup>65</sup> Avec la réforme qui est en cours, il sera, désormais, question du droit de la sauvegarde de l'entreprise en difficulté.

<sup>66</sup> L'examen de cet aspect fera l'objet de notre étude dans le titre II.

d'une fusion et d'une scission « entraîne » transmission universelle du patrimoine de la société qui disparaît à la société bénéficiaire et ce, tel que se trouve ce patrimoine au moment au jour de l'opération <sup>67</sup>.

**36.** Cette continuation de plein droit s'impose d'autant plus que les fusions et scissions ne sont pas constitutives de causes ni de caducité (**II**), ni de résolution (**I**), entraînant, *de facto*, la rupture du contrat, sous réserve que cela n'ait été expressément spécifié.

### **I. Les fusions et scissions ne sont pas constitutives de causes de résolution**

**37.** La transmission universelle n'est pas une cause expresse de résolution du contrat- Le cocontractant et la société bénéficiaire, peuvent-ils prétendre résoudre le contrat, du seul fait de l'opération de fusion ou de scission ? La réponse naturelle, est bien sûr négative. Car, la seule réalisation de l'opération de dissolution sans liquidation ne saurait permettre, ni à l'un, ni à l'autre d'éluder ses obligations. La force obligatoire du contrat, que consacre l'article 1134 du Code civil, commande d'écarter à la fois la résolution judiciaire que celle sous-entendue, dans toutes les conventions, par l'article 1184, du Code précédemment cité. Accepter une telle faculté, serait fondamentalement contraire aux objectifs fixés, par le législateur, dans la loi du 5 janvier 1988.

**38.** Absence de résolution- De plus, ce serait vraiment étrange de donner cette possibilité de résolution aux parties. Au fond, qu'est-ce qu'une action en résolution d'un contrat ? C'est tout simplement la sanction<sup>68</sup> d'un défaut de son exécution par l'une des parties. Or, la dévolution du patrimoine n'est pas un défaut d'exécution. Elle constitue, au contraire, une certaine garantie pour les créanciers de la société dissoute sans liquidation. La résolution ne peut, dans ces conditions, se justifier, comme d'ailleurs la caducité.

---

<sup>67</sup> Cf. art. L. 236-3 C. com.

<sup>68</sup> Cette sanction s'opère de manière rétroactive.

## **II. Les fusions et scissions ne sont pas constitutives de causes de caducité des contrats conclus par la société absorbée ou scindée**

**39. La fusion et la scission : causes de caducité ?-** La caducité, selon le lexique des termes juridiques, c'est l'état d'un acte juridique valable mais privé d'effet en raison de la survenance d'un fait postérieurement à sa création<sup>69</sup>. Autrement dit, elle suppose donc un acte qui au moment de sa création remplit toutes les conditions de validité mais qui, à cause d'un événement ultérieur, cessera de produire tout effet, tombera de lui-même. L'acte devient en quelque sorte désuet. Peut-on à ce titre considérer que la fusion ou scission puisse être constitutive d'un événement susceptible d'entraîner automatiquement la caducité du contrat souscrit par la société absorbée ou scindée et d'empêcher, par voie de conséquence, la continuation de ce contrat ? La réponse à cette question est sans aucun doute négative. On ne peut en effet considérer que les contrats conclus par la société fusionnée ou scindée deviennent d'emblée « *démodés, désuets ou périmés*<sup>70</sup> » du seul fait de la survenance de l'opération de fusion ou de scission. Ce serait absurde, sur le plan juridique, de soutenir que la seule réalisation d'une fusion ou scission rende caducs de plein droit tous les contrats de la société qui disparaît ou certains d'entre eux.

**40. Absence de fondement juridique explicite-** Aucun texte du droit des fusions et des scissions n'invoque, en effet, la caducité comme possible conséquence de ces opérations vis-à-vis des contrats conclus par la société qui disparaît. Pas même le droit commun des contrats, c'est-à-dire le Code civil. D'ailleurs, contrairement à ce que l'on pourrait imaginer, la caducité est très peu citée comme cause de mise à néant du rapport contractuel. Tout le Code civil ne contient que deux dispositions<sup>71</sup> qui font cas de la notion de caducité. Il s'agit en l'occurrence des articles 1088 et 1089 relatifs aux donations. Il semble qu'aucun autre texte, outre ces deux, ne fait référence de manière explicite à la notion de caducité. Et cela est d'autant plus surprenant que la principale disposition du Code civil, en l'occurrence l'article 1234, qui cite les diverses causes de disparition des obligations contractuelles ne fait aucunement référence à cette notion là. La conclusion qu'on pourrait tirer de ce constat est que la caducité n'est véritablement pas prise en compte par le droit commun comme une cause de disparition des obligations à l'instar de

---

<sup>69</sup> V. « *Lexique des termes juridiques* », 13<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2001, p. 80.

<sup>70</sup> V. GARRON Frédéric, « *La caducité du contrat* », P.U.A.M., 2000, p. 15.

<sup>71</sup> V. GARRON F., *idem*.

la nullité ou de la résolution ou encore de la résiliation. La transmission étant, outre d'être universelle, de plein droit, la règle de continuation qui y résulte s'applique par principe à tous les contrats. De ce fait, la société bénéficiaire a à la fois le droit et l'obligation de poursuivre les contrats figurant dans le patrimoine de la société absorbée, conformément au principe de la transmission universelle de patrimoine. Cette continuation des contrats est, en revanche, un peu plus délicate lorsqu'il y a plus d'une société bénéficiaire.

## **§.2. La règle de la continuation des contrats dans l'hypothèse d'une scission de société**

**41.** La Logique de la transmission en cas de scission- Les articles L. 236-1 alinéa 2 et L.236-3, alinéa 1<sup>72</sup> du Code du commerce, disposent respectivement qu'« *une société peut aussi, par voie de scission, transmettre son patrimoine à plusieurs sociétés existantes ou à plusieurs sociétés nouvelles* <sup>73</sup> » et que « *la scission entraîne...la transmission universelle de patrimoine aux sociétés bénéficiaires dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération* ». L'analyse de ces textes permet de relever que, conformément au principe de la transmission universelle, les sociétés bénéficiaires, au terme d'une scission, recueillent tous les droits, biens et obligations relatifs à la branche d'activité en cause de la société apporteuse. L'application de ce principe, on en convient, suppose que chaque société bénéficiaire est tenue des obligations relatives à la quote-part des biens et droits recueillis. Autrement dit, chaque société qui résulte ou profite de l'apport de la société scindée ne sera débitrice que des obligations qui seraient le pendant des droits reçus. L'application stricte de cette règle risquerait de nuire gravement aux intérêts des créanciers de la société scindée.

**42.** En effet, à côté de la disparition du gage commun que représente le patrimoine de la société scindée, s'ajoute la difficulté de répartition équitable des dettes et des actifs de celle-ci entre les sociétés bénéficiaires. C'est dans cette optique que la loi, par l'intermédiaire de l'article L. 236-20<sup>74</sup> dispose que « *les sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission sont débitrices solidaires des obligataires et des créanciers non*

---

<sup>72</sup> Ces deux dispositions correspondent respectivement aux articles 371 et 372-1 de l'ancienne loi du 24 juillet 1966.

<sup>73</sup> On retrouve cette même définition de l'opération de scission au niveau de l'article 1844-4 du Code civil selon lequel une société peut « *transmettre son patrimoine par voie de scission à des sociétés existantes ou à des sociétés nouvelles* ».

<sup>74</sup> Anc. L. n°1966-537 préc., art. 385.



*obligataires de la société scindée, au lieu et place de celle-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard* ». Concrètement, cela signifie que les sociétés résultant de la scission sont solidairement continueurs à titre passif à la société scindée. Même s'il est reconnu qu'il peut être stipulé, par dérogation, que chacune des sociétés bénéficiaires de la scission ne sera tenue que de la partie du passif de la société scindée mise à sa charge, et cela, sans solidarité avec les autres sociétés bénéficiaires<sup>75</sup>. Dans une telle hypothèse, les créanciers suivront la société qui aura recueilli la part du passif correspondante à leurs créances<sup>76</sup>. Dès lors, quel sort subiraient les contrats conclus par une société qui se scinde ? Comment répartir les diverses conventions entre les sociétés bénéficiaires ? La question est légitime puisque, contrairement à la fusion où il n'y a qu'une seule société bénéficiaire qu'elle soit nouvelle ou préexistante, en cas de scission il y en résultera au moins deux.

**43. Affectation arbitraire des contrats-** Dans l'hypothèse particulière d'une scission, plusieurs questions peuvent se poser à propos de la continuation des contrats conclus par la société qui se scinde. Nous savons qu'en présence d'une telle opération, on se trouvera en face, non pas d'une société bénéficiaire, mais de deux au moins. Dès lors, comment se répartiront les contrats souscrits par la société scindée entre les différentes sociétés bénéficiaires ? La société qui se scinde, peut-elle décider, et ce, de manière arbitraire ou discrétionnaire, de transférer tels ou tels contrats à telle société bénéficiaire plutôt qu'à telle autre ? Quant aux sociétés bénéficiaires, peuvent-elles, de manière libre, choisir parmi les contrats destinés à être continués ? En outre, de quels moyens dispose le cocontractant pour contester la transmission du contrat décidée dans la convention de scission ? **(III)** Pour répondre à toutes ces questions, il conviendrait, à notre avis, de distinguer selon que la scission est effectuée au bénéfice de sociétés nouvelles **(I)** ou de sociétés préexistantes **(II)**.

---

<sup>75</sup> V. art. L. 236-21 alinéa 1 qui reprend les dispositions de : anc. L. n° 1966-537 préc., art. 386.

<sup>76</sup> Il faut relever, par ailleurs, que ces créanciers peuvent s'opposer à la scission qui se réalise dans de telles circonstances et ce dans les mêmes conditions que celles prévues à l'article L. 236-14.

## **I. De l'affectation des contrats de la société scindée au bénéfice de sociétés nouvelles**

**44. Scission donnant lieu à des sociétés nouvelles-** L'une des deux formes de scission que consacre le droit des sociétés, est celle qui s'opère au profit de sociétés créées pour l'occasion. En ce cas, la société qui en est l'objet, se scinde et apporte son patrimoine à deux autres sociétés au moins, qui sont qualifiées de sociétés bénéficiaires<sup>77</sup>. Chacune de celles-ci est ainsi créée grâce à la portion de patrimoine que la société scindée a bien voulu lui apporter pour l'occasion. Ne préexistant pas à l'opération de scission, ces sociétés bénéficiaires ne peuvent pas, par conséquent, intervenir dans le processus de transmission universelle. C'est la société seule à l'origine de cette opération, qui décidera du fragment de son patrimoine, correspondant à une ou plusieurs branches d'activité, nécessaires à la création d'une société nouvelle déterminée.

**45. De l'affectation des contrats par la société scindée-** Puisque, c'est la société scindée seule qui déterminera les portions de son patrimoine nécessaires à la création des sociétés bénéficiaires, c'est à elle seule, *a fortiori*, qu'il reviendra également de décider de l'affectation des contrats figurant dans son patrimoine. Il est normal, en effet, en une telle occurrence, que ce soit la société qui se scinde qui s'occupe de la répartition de ses contrats entre les différentes sociétés bénéficiaires *ad hoc*. Car, il s'agit de décider du sort d'un patrimoine, qui lui est propre. En outre, une telle scission étant souvent faite dans une optique d'une meilleure gestion au sein d'un groupe<sup>78</sup>, il est évident que la société qui se scinde affectera de façon à la fois discrétionnaire et optimale, les contrats à son actif aux sociétés qui seront nouvellement créées. S'il est incontestable que les sociétés nouvellement créées ne sauront participer à l'affectation des contrats, peut-on en dire autant du cocontractant ?

**46. De l'éventuelle intervention du cocontractant-** Le cocontractant non plus, à notre avis, ne peut, par principe, interférer dans cette affectation des contrats, et cela, pour une raison toute simple. En effet, l'affectation étant faite au moyen de la convention de scission, on remarquera bien que le cocontractant de la société n'est pas et ne saurait être partie à cette convention. N'étant pas partie au traité de scission, elle ne pourrait, dès lors, par voie de conséquence, interférer dans l'affectation qui sera faite des contrats en cours,

---

<sup>77</sup> V. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 15<sup>e</sup> éd., Litec, 2002, p. 690, n° 1770.

<sup>78</sup> C'est le cas, par exemple de Pepsi-Cola en 1997 et du groupe Chargeurs en 1996 : V. M. COZIAN A VIANDIER F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc. p. 690.

conclus par la société qui disparaît. Ceci confirme, en définitive, que c'est à la société qui se scinde, c'est-à-dire à ses associés, qu'il revient de décider de l'affectation des contrats en cours, et ce, au travers du projet de scission. Un tel principe mérite, toutefois, d'être nuancé lorsque la scission s'opère au bénéfice de sociétés préexistantes.

## **II. De l'affectation des contrats de la société scindée au bénéfice de sociétés préexistantes**

47. Refus d'une affectation arbitraire des contrats de la société scindée- Lorsque l'opération de scission s'opère au profit de sociétés existant déjà, on ne peut, à notre avis, par principe, admettre que la société scindée décide, à son gré, de transférer les contrats conclus par elle aux sociétés absorbantes, encore moins que chaque société bénéficiaire choisisse, elle-même, et cela, de manière libre, les contrats qu'elle aurait envie ou intérêt de continuer. Plusieurs raisons peuvent expliquer et justifier une telle analyse. Le refus de toute affectation arbitraire permet, en tout premier lieu, d'empêcher une certaine injustice entre les sociétés bénéficiaires. Car, admettre un tel transfert, peut amener, par une certaine collusion, la société scindée à transmettre un ou plusieurs contrats importants à une société déterminée à laquelle ces contrats ne devraient normalement pas être destinés. Pour favoriser une société dans laquelle, par exemple, le dirigeant de la société qui se scinde a des intérêts, il peut être transféré à cette société certains contrats qu'elle ne devrait logiquement pas recueillir. La deuxième raison, corollaire de la première et qui, selon nous, justifie le refus de toute affectation arbitraire des contrats conclus par la société scindée, est qu'un tel transfert comporte le risque de fortement préjudicier aux intérêts de la société bénéficiaire injustement privée<sup>79</sup> du bénéfice desdits contrats. Et cela, d'autant plus que dans une telle opération de scission, la société qui se scinde constitue la société cible. Il convient de rappeler que lorsqu'il y a scission au bénéfice de sociétés préexistantes, c'est parce que, de façon générale, chacune de celle-ci est intéressée par une branche d'activité de la société qui va se scinder. Or, s'intéresser à un secteur d'activité d'une autre entreprise, c'est s'intéresser, de manière globale, à l'ensemble des éléments, dont les contrats, pouvant permettre son fonctionnement autonome. Par conséquent, on ne

---

<sup>79</sup> Cette privation pourrait même, le cas échéant, affecter le bon fonctionnement de son activité dans un court ou moyen terme.

saurait reconnaître à la société qui se scinde la faculté d'affecter de manière arbitraire les contrats se trouvant dans son patrimoine.

**48. Affectation des contrats par le traité de scission-** En outre, il existe une troisième raison, très importante selon nous, qui permet de défier la société qui se scinde de répartir, à sa guise, les contrats figurant dans son patrimoine entre les sociétés bénéficiaires, c'est-à-dire les sociétés absorbantes. Cette raison, c'est le traité de scission lui-même. Il ne faut pas, en effet, oublier que la réalisation de la scission au profit de sociétés existantes comporte une phase préparatoire, comme en matière de fusion. Une phase<sup>80</sup> qui comprend à la fois le rapprochement entre les sociétés participantes et l'évaluation de celles-ci. Or, c'est dans le projet de scission qui sera établi, au terme de cette phase préparatoire, que sera décidée et déterminée la fragmentation de la société qui sera scindée. C'est donc, par voie de conséquence, dans ce même acte que sera également décidée la répartition des contrats en cours. On imagine mal, dès lors, que les sociétés bénéficiaires laissent la société scindée seule décidée de cette affectation de ces contrats. Un tel scénario sera d'autant plus surprenant qu'une société peut convoiter une autre société ou une partie seulement de celle-ci, uniquement pour des contrats figurant dans son patrimoine ou dans une branche de son activité. Il est donc, par principe, difficile qu'il revienne à la société scindée seule d'affecter, à son gré, les contrats faisant parties de son patrimoine. Pour les mêmes raisons, nous pensons également qu'il ne saurait, non plus, revenir à chacune des sociétés bénéficiaires de choisir les contrats qu'elle souhaiterait continuer. Aussi, est-ce pourquoi, selon nous, le principe de la transmission universelle, devrait, en l'occurrence, être respectée.

**49. Continuation et lien patrimonial du contrat-** Dans le cadre de la scission, comme d'ailleurs dans celui de la fusion, c'est le traité d'apport qui règle le sort du patrimoine de la société qui disparaît. C'est donc lui qui répartit, en l'occurrence, l'actif et le passif de la société qui se scinde entre les différentes sociétés<sup>81</sup>. Ce qui voudrait dire que la règle de continuation est subordonnée à ce traité d'apport. Ainsi, chacune des sociétés bénéficiaires, à l'issue de cette scission, continuera les contrats qui lui auront été « *attribués* » par le traité d'apport. Mais, l'affectation des contrats doit, pour être efficace, se faire selon le

---

<sup>80</sup> Cf. M. COAZIAN, A. VIANDIER et FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 691, n° 1771 ; M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, G. RIPERT/ R. ROBLOT, 18<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2002, p. 661, n° 1987 ; M. CHADEFAUX, *Les fusions de sociétés, régime juridique et fiscal*, éd. R. Fiduciaire, 2003, p. 326, n° 1080 et s.

<sup>81</sup> Cette répartition du patrimoine de la société qui se scinde se fait conformément à l'article L. 236-16 du Code du commerce, qui renvoie aux articles L. 236-9 et L. 236-10 du même Code, applicables aux opérations de fusion.

principe d' « *union* ». En d'autres termes, le contrat ne devra être transféré qu'à la société bénéficiaire qui recueillera la portion du patrimoine à laquelle est uni le contrat. Il doit donc y avoir une sorte de « *lien patrimonial* » entre ledit contrat et l'apport transmis. C'est d'ailleurs ce que confirme, d'une certaine manière, la Cour de cassation lorsqu'elle affirmait qu'en cas de scission de la société créancière, le bénéficiaire du contrat de cautionnement est transféré, de plein droit, à la société bénéficiaire de la branche d'activité à laquelle est rattaché ce contrat<sup>82</sup>.

**50. Contrats et branche d'activité-** L'application d'un tel principe requiert, par voie de conséquence, à notre avis, qu'on examine dans chaque opération de scission si le ou les contrats en question étaient ou non, dès l'origine, englobés dans la quote-part transmise à telle société bénéficiaire. Conformément donc au principe de la transmission universelle, c'est la société qui a, par exemple, recueilli la branche d'activité de production de la société scindée, qui devrait reprendre et continuer tous les contrats rattachés, dès l'origine, à ce secteur. Est-il besoin de rappeler que lorsqu'une entreprise conclut un contrat, c'est pour répondre au besoin d'une de ses branches d'activité. Lorsqu'elle conclut, par exemple, un contrat de fournitures, c'est eu égard au besoin exprimé par un secteur déterminé. Aussi, le contrat devra-t-il être transféré, tout naturellement, à la société bénéficiaire qui aura recueilli la branche d'activité à laquelle ce contrat était déjà rattaché. Il serait illogique dès l'abord, à l'issue d'une scission, de décider de transmettre tel contrat à une société bénéficiaire qui n'aura pas recueilli la branche d'activité à laquelle ce contrat est rattaché<sup>83</sup>. Cette solution à la fameuse règle de l'« *utilité économique*<sup>84</sup> » du contrat, appliquée en droit de redressement judiciaire. En définitive, en cas de scission de la société contractante, la logique patrimoniale requiert que les contrats de la société scindée soient

---

<sup>82</sup> V. Paris, 19 mars 1996 : RJDA 1996, n° 790 ? P. 562. Cet arrêt a été confirmé par la juridiction suprême : V. Cass. com., 29 février 2000 : RJDA 2000, n° 661, p. 528 cités dans *Lamy sociétés commerciales* 2004, p. 766.

<sup>83</sup> Il convient de signaler qu'il existe des éléments d'actif et de passif, notamment le siège social ou encore les emprunts obligataires, qui du fait de leur caractère général, ne sont pas rattachables à un secteur d'activité déterminé. Dès lors, deux solutions sont possibles, selon ce que prévoit la convention de scission. Ces éléments peuvent ainsi soit être attribués à une seule des sociétés bénéficiaires, soit faire l'objet d'une répartition en valeur, chacune des sociétés absorbantes recevant une partie.

<sup>84</sup> Relevons qu'en droit des procédures collectives, la poursuite obligatoire du contrat, dans la perspective d'un redressement, n'est valable que lorsque ledit contrat lui est utile, c'est-à-dire nécessaire à l'entreprise. *A contrario*, lorsque le contrat ne présente aucune utilité économique pour le redressement de l'entreprise, en dépit du caractère d'ordre public de la règle de la continuation du contrat, celui-ci ne sera pas repris. En droit des scissions, la même règle peut être appliquée dans l'optique d'une transmission saine et efficace des contrats conclus par la société scindée aux sociétés bénéficiaires. Lorsqu'une société se scinde, elle transfère à chaque société bénéficiaire une branche complète et autonome d'activité. Ce qui nous permet de dire que le sort du contrat, consécutif à une scission, suivra celui de l'apport patrimonial auquel il est nécessairement rattaché, c'est-à-dire pour lequel il a été à l'origine conclu. En d'autres termes, les contrats conclus par celle-ci, passent de plein droit, en vertu du principe du transfert universel, à la société bénéficiaire de la branche d'activité concernée par lesdits contrats.

affectés en fonction de la branche d'activité à laquelle ils étaient déjà rattachés <sup>85</sup>. Mais, malgré tout ce qui précède, lorsque la répartition des contrats faite dans la convention de scission ne lui convient pas, le cocontractant dispose-t-il de moyens de recours ?

### **III. Le cocontractant a-t-il le pouvoir de contester la transmission du contrat décidée dans la convention de scission ?**

**51. Affectation de contrats négociée-** S'il est incontestable que la continuation des contrats, conclus par la société scindée, doit se faire sur la base d'une affectation faite dans la convention de scission et respectant le lien de rattachement patrimonial, rien n'interdit, en revanche, que dans certains cas particuliers, les sociétés participantes conviennent d'en décider autrement. La transmission universelle comportant, quelque part, un fondement contractuel, la convention de fusion ou de scission, la société qui se scinde et les autres sociétés participantes peuvent, à notre avis, convenir d'affecter tel contrat à telle branche d'activité plutôt qu'à telle autre, le jour de la réalisation définitive de l'opération. Ce ne sera pas, en effet, contraire à la loi, qu'une des sociétés bénéficiaires puisse obtenir le « décrochage » du contrat d'une branche d'activité pour qu'il soit, ensuite, affecté à la branche d'activité comprise dans la quote-part qu'elle devrait recueillir. Ceci ne sera, cependant, possible qu'avec l'obtention de l'accord de toutes les autres sociétés participantes à l'opération de scission. Cet accord peut, cependant, ne pas recueillir l'assentiment du cocontractant. Se posera dès lors, en toute évidence, la question de ses moyens d'action.

**52. Du droit de contestation du cocontractant-** Lorsqu'une telle occurrence se présente, la situation du cocontractant deviendra un peu plus délicate. Il faut souligner, à cet égard, qu'il n'y a pas de moyen spécifique que le droit des sociétés met à sa disposition pour contester l'affectation faite des contrats. Il est exclu qu'il puisse exercer le droit d'opposition figurant à l'article L.236-21 alinéa 2 du Code de commerce. Ce texte reconnaît, certes, aux créanciers non obligataires la faculté de former opposition à l'opération de scission dans les mêmes conditions que celles prévues au deuxième alinéa

---

<sup>85</sup> S'il arrive par exemple, en pratique, qu'un contrat présente une certaine utilité pour deux secteurs d'activité transmis à deux sociétés différentes, le sort de ce contrat peut être résolu en fonction du « *lien de connexité* » qu'il a avec tel secteur plutôt qu'avec tel autre. Autrement dit, ce contrat doit suivre le sort de la quote-part avec laquelle il a les liens les plus étroits.

de l'article L.236-14 du même Code<sup>86</sup>. Cependant, une telle opposition n'est recevable que lorsqu'il s'agit d'une créance de somme d'argent, créance qui doit être certaine, liquide et exigible avant la publicité du projet de l'opération<sup>87</sup>. Sa situation n'est pas pour autant désespérée. En effet, si l'affectation, telle qu'elle a été opérée, sera de nature à compromettre ses intérêts, il pourra s'y opposer en s'adressant au juge<sup>88</sup>. Il peut en être ainsi lorsque, par exemple, la société à laquelle le contrat était attribué, par le traité, obtiendrait, du fait de cela, une situation de position dominante sur le marché concerné, situation que le cocontractant serait en droit de redouter. Pour échapper ainsi de se retrouver dans une situation de dépendance économique certaine et préjudiciable, il peut tout logiquement refuser l'affectation faite du contrat.

## **SECTION II LES IMPLICATIONS DU PRINCIPE DE LA CONTINUATION CONTRACTUELLE DANS LES OPERATIONS DE FUSION ET SCISSION**

**53.** Bien qu'étant de nature relativement simple, le principe de continuation des contrats est susceptible de soulever diverses interrogations qui, à l'évidence, exigent d'être examinées. En premier lieu, se pose la question de savoir si le contrat continué est le même que celui initialement conclu entre la société disparue et le cocontractant (§.1). En second lieu, on peut se demander à quelles conditions les contrats, transférés à la société bénéficiaire, vont pouvoir être exécutés ? Est-ce aux conditions antérieures ou, au contraire, celles-ci sont-elles ou doivent-elles être **modifiées du fait de la fusion ou de la scission** ? (§.2) Enfin, peut se poser la question du recours qu'aurait le cocontractant, face à la règle de continuation de plein droit, en cas d'inexécution du contrat par la société contractante ? Dispose-t-il de moyens pour se défendre ? (§.3).

---

<sup>86</sup> Selon l'article L.236-14, alinéa 2 du Code de commerce, tout créancier non obligataire d'une société participant à un opération de fusion et de scission et dont la créance est antérieure à la publicité du projet de l'opération, peut former opposition à celui-ci dans le délai qui sera fixé par décret pris en Conseil d'Etat.

<sup>87</sup> V. Cass. com., 15 juillet 1992, CRCA Puy-de-Dôme et a c/Maeder, Dr. sociétés, novembre 1992, inf. 220 ; Bull. Joly, octobre 1992, p. 1111, obs. B. CAILLAUD et P. LE CANNU cités par M. CHADEFAUX, op. cit., p. 110.

<sup>88</sup> Il pourra même tout simplement refuser la poursuite du contrat lorsque la menace sur ses intérêts est grave : V. infra n° 539 et s.

## §.1. La nature du contrat continué par l'effet de fusion et de scission

**54.** Principe de maintien du même contrat- Lorsque la société bénéficiaire poursuit l'exécution du contrat recueilli suite à la fusion ou scission qui a entraîné la disparition de la société contractante, on peut être tenté de savoir si c'est le même contrat qui liait celle-ci au cocontractant ; ou si, au contraire, il s'agit d'un nouveau rapport contractuel ? La logique, commanderait que ce soit le même contrat qui se continue. Cette solution se révèle conforme au principe de la transmission universelle qui résulte des fusions et scissions. Car, la transmission s'opère « *dans l'état où se trouve le patrimoine* » au moment de la réalisation définitive desdites opérations. On ne peut d'ailleurs continuer que quelque chose qui existe déjà. C'est donc le même contrat qui se poursuit de plein droit, à l'issue de la fusion ou de la scission, et cela, conformément au principe de la transmission universelle de patrimoine. Dans ces conditions, ledit contrat ne saurait, par principe, changer de nature, puisqu'il s'agit du même contrat aussi bien en amont qu'en aval de l'opération. A l'inverse de la France, cette question de la nature du contrat continué, a suscité, en Belgique, un vif débat doctrinal.

**55.** L'analyse de la doctrine belge- En droit des fusions belge, les auteurs considèrent que lorsque le juge est saisi d'un litige relatif au contrat en cours transmis, il pourrait décider que celui-ci n'est plus en cours et qu'il s'agit d'un nouvel accord qui est en vigueur entre la société absorbante ou nouvelle et le cocontractant originaire<sup>89</sup>. On ne peut que relever le caractère contestable d'une telle analyse surtout lorsqu'il s'agit d'opérations telles que les fusions ou scissions qui sont des techniques de transfert universel de patrimoine. Par ailleurs, il résulte de la loi que la substitution qui résulte de la fusion ou de la scission ne comporte aucun effet novatoire. Ce qui a pour conséquence d'impliquer, *de jure*, que la continuation du contrat par l'effet d'une fusion ne signifie nullement création d'un nouveau rapport contractuel. D'ailleurs, cette analyse belge trouve sa limite en elle-même puisqu'il est dit que le juge « *devrait, pour cela constater que la volonté des parties était bien de conclure un nouveau contrat, l'animus novandi, qui*

---

<sup>89</sup> V. LAGA, "Enkele bedenkingen omtrent fusie en de overgang van intuitu personae-overeenkomsten" in *Liber amicorum Jan ronsen*, p. 248 cité par TILQUIN T., *Traité des fusions et scissions*, Kluwer éd. juridiques, Belgique, 1993, n° 461.



*implique des conséquences importantes puisque le contrat initial disparaît<sup>90</sup> ». On voit mal comment surgirait un *animus novandi* à la suite d'un transfert de contrat par l'effet d'une fusion ou scission. Soit le contrat exécuté par la société bénéficiaire fait partie du lot des contrats en cours conclus par la société disparue et qu'à ce titre on ne peut parler de nouveau rapport contractuel ; soit il s'agit d'un contrat nouvellement conclu, après la fusion ou scission, entre le cocontractant et la société nouvelle ou absorbante. C'est dire que l'analyse faite par ces auteurs belges ne saurait trouver application en droit des fusions et des scissions.*

Ainsi, lorsque de telles opérations se réalisent, il est de principe et ce conformément tant au droit communautaire qu'au droit interne français, que c'est le même contrat qui se poursuit et non pas un nouvel accord. Au cas d'un nouveau contrat, celui-ci ne résulterait pas desdites opérations mais, leur serait, au contraire, concomitant ou postérieur. En d'autres termes, il s'agirait, dans une telle hypothèse, d'un contrat indépendant de ces opérations que la société bénéficiaire a la faculté de conclure autant avec le cocontractant de la société disparue qu'avec un autre.

## **§.2. Les conditions d'exécution des contrats continués**

**56.** Deux hypothèses vont être ici successivement analysées. En premier lieu, il s'agirait de déterminer l'influence, sur le contrat en cours dans une opération de fusion ou de scission, d'une clause aux termes de laquelle il est expressément stipulé qu'en cas de changement des circonstances économiques ayant prévalu au moment de la conclusion du contrat, il conviendrait de revoir ses conditions d'exécution (I) ; ensuite, il revient, même en l'absence de toute clause d'adaptation, d'examiner les conditions d'exécution du contrat en cours recueilli par la société bénéficiaire par l'effet d'une fusion ou scission (II). Ceci dit, il convient de préciser qu'il ne s'agira pas pour nous, ici, d'étudier la théorie de l'imprévision. Nous nous contenterons juste de déterminer son éventuelle influence sur le sort du contrat en cours dans le cadre d'une opération de fusion ou de scission.

---

<sup>90</sup> TILQUIN, idem.

## **I. La continuation du contrat en cours dans l'hypothèse d'une clause de révision**

**57.** Notion. On sait en général que l'exécution d'un rapport contractuel peut se heurter à la survenance d'événements plus ou moins brusques, et imprévisibles à la date de sa conclusion. Ces événements peuvent, selon les cas, compromettre totalement l'exécution du contrat, ou rendre celle-ci plus difficile ou encore plus onéreuse pour le débiteur. C'est soulever ainsi la question de l'imprévision. Mais, quand peut-on dire qu'il y a imprévision ? Autrement dit quels sont les faits susceptibles de déclencher la mise en œuvre d'un tel mécanisme ? Une fois cette question répondue, se pose dès lors une autre. C'est celle de savoir si la réalisation d'une fusion ou scission pourrait être identifiée à un bouleversement de circonstances. Il s'agirait, ici, de se demander si les fusions et scissions, avec tout ce que cela peut entraîner comme modification des circonstances économiques et financières, pourraient autoriser le cocontractant à réclamer la révision des contrats en cours signés avec la société absorbée ou fusionnée. Répondre à cette interrogation nécessiterait, d'abord, de déterminer ce qu'est l'imprévision ou les événements susceptibles de la déclencher **(A)** avant d'examiner, ensuite, si les opérations, objet de notre étude, peuvent éventuellement être identifiées à des changements de **circonstances** pouvant impliquer révision du ou des contrats en cours **(B)**.

### **A. La théorie de l'imprévision en droit des contrats**

**58.** Notion de l'imprévision. En droit commun, on considère, d'une manière générale, qu'il y a imprévision lorsque des circonstances économiques non envisagées par les parties apparaissent postérieurement à la signature du contrat, rendant son exécution soit plus onéreuse ou difficile, soit impossible<sup>91</sup>. Lorsque de tels événements heurtent l'exécution d'un contrat, se posera en effet la question de savoir si le contrat doit continuer d'être exécuté en l'état ou si, au contraire, il nécessiterait d'être renégocié, tout en rappelant que l'imprévision a pour caractéristique principale de produire une distorsion entre les obligations réciproques des parties.

---

<sup>91</sup> V. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Les Obligations*, II, *Contrat*, Litec, 6<sup>e</sup> éd., 1998, n° 1401, p. 487 ; TERRE F. SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Les Obligations*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 1996, n° 440, p. 427 ; CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les Obligations*, P.U.F., 22<sup>e</sup> éd. 2000, § 144 ; p. 280.

**59. Principe-** Il faut préciser qu'il n'existe pas en droit commun des contrats une règle générale qui autorise la révision du contrat lorsqu'il y a changement des circonstances ayant prévalu au moment de sa conclusion. On admet, en effet, que la modification de l'environnement existant à l'origine de la signature du contrat est sans effet sur son exécution ultérieure. Cette position de principe a été, très tôt, affirmée par la Cour de cassation en 1876<sup>92</sup>. Dans cette décision qui a valeur d'un arrêt de principe, la Haute juridiction affirmait qu'il n'« *appartient jamais aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ». La Cour consacre ainsi l'immutabilité des conventions en dépit du changement qui pourrait résulter des circonstances ayant motivé leur conclusion. Pour la jurisprudence, la survenance de circonstances ultérieures ne peut en aucun cas autoriser le juge à modifier le contrat et ce conformément à l'article 1134 du Code civil qu'elle considère comme une « *règle générale et absolue* ». Dans l'arrêt précité, la Haute juridiction concluait en soutenant « *qu'en élevant à 30 centimes...puis à 60 centimes...la redevance d'arrosage, fixée à 3 sols par les conventions de 1560 et 1874, sous prétexte que cette redevance n'était plus en rapport avec les frais d'entretien du canal de Craponne, l'arrêt attaqué a formellement violé l'article 1134* »<sup>93</sup>. La sécurité des affaires étant incompatible avec l'instabilité qu'induirait une révision tous azimuts, on préfère ainsi voir le contrat se poursuivre tel quel. Le changement des circonstances ne rendant pas l'exécution du contrat absolument impossible, il devrait être sans effet sur celui-ci. Certains arguments sont généralement avancés pour conforter cette thèse. En premier lieu, on fait remarquer que l'imprévision, dès lors, qu'elle ne s'identifie pas à un cas de force majeure, elle ne pourrait en principe entraîner une quelconque adaptation du contrat et, donc aucune modification de celui-ci. En second lieu, elle ne signifie pas, non plus, lésion<sup>94</sup>. Contrairement à la jurisprudence administrative, celle judiciaire est, d'une manière générale hostile à la révision du contrat. Alors que la Cour de cassation refusait toute modification du contrat, quelle qu'en ait été le changement des circonstances, sous prétexte du respect de l'article 1134 du Code civil, le Conseil d'Etat, lui, admettait le contraire. Pour la Haute juridiction administrative, le changement des circonstances économiques ayant motivé la conclusion d'un contrat, doit

---

<sup>92</sup> V. Civ. 6 mars 1876, D. 1876, 1, 197.

<sup>93</sup> Idem.

<sup>94</sup> La lésion, on le sait, trouve son origine dans le contrat lui-même alors que l'imprévision lui est externe.

entraîner le versement d'une indemnité aux contractants victimes du déséquilibre en résultant, indemnité que justifie le rétablissement de l'équilibre financier du contrat<sup>95</sup>.

**60. Exceptions-** Si le droit français ne consacre pas de manière explicite un principe général de révision, il n'en demeure pas moins qu'il existe des exceptions tant conventionnelles que légales face au principe né de la jurisprudence. En effet, rien n'empêche aux contractants de prévoir, librement, au travers de stipulations adéquates, les conditions pouvant impliquer une révision de leurs rapports contractuels. Aussi, remarque-t-on l'utilisation de plus en plus fréquente de clauses d'adaptation dans les contrats, ce qui serait dû, semble-t-il<sup>96</sup>, à la réticence des juges à s'aventurer dans une procédure de révision. Tantôt, les contractants peuvent faire appel à des clauses destinées à modifier le prix, par le biais de la fixation d'indices : il s'agit des clauses d'indexation<sup>97</sup> ; tantôt ils peuvent recourir à des stipulations ayant pour objet de permettre, ultérieurement, la renégociation dudit contrat : c'est le cas des clauses dites de « *hardship* ».

**61. Les clauses d'indexation-** Concernant les clauses d'indexation, il peut, notamment, s'agir de clauses de variation automatique qui entraînerait, de plein droit, le changement du prix sans aucune intervention extérieure qu'elle vienne du juge ou d'un arbitre. Au-delà de ces exceptions conventionnelles, certaines dispositions légales consacrent, chacune dans leur domaine, des hypothèses de révision. On peut noter l'article 26 du décret du 30 septembre 1953 qui permet la révision du loyer en fonction des usages commerciaux. De même qu'on peut citer l'article 960 du Code civil qui autorise le donataire sans enfant au moment de la donation de modifier celle-ci en cas de survenance ultérieure d'enfants. D'aucuns pensent même que la nécessité d'une réforme du droit français s'impose pour consacrer une théorie de l'imprévision en droit des contrats<sup>98</sup>. Il

---

<sup>95</sup> C. d'Etat, 30 mars 1916, S. 1916,3, 17 : arrêt Gaz de Bordeaux cité par CARBONNIER J., Droit civil, t. 4, Les obligations, 22<sup>e</sup> éd., P.U.F., 2000, p. 281.

<sup>96</sup> V. GHESTIN J., JAMIN Ch. et BILLIAU M., *Traité de Droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2001, n° 316, p. 381.

<sup>97</sup> La haute juridiction consacra, d'ailleurs, l'efficacité d'une telle assertion au travers d'un arrêt remarqué en date du 31 mai 1988 : Cass. com., 31 mai 1988, Bull. civ. IV, n° 189 ; RTD civ. 1989.71, n° 5 Obs. MESTRE cité par GHESTIN, op. cit., p. 381. Dans cette décision, la Cour de cassation affirmait la validité d'une clause de révision de prix expressément prévue dans le contrat. L'autre intérêt de cette décision, c'est qu'elle consacre aussi la clause de révision qui résulterait d'un usage local. C'est relever de manière, on ne peut plus clair, l'amorce d'un revirement de la jurisprudence en faveur d'une théorie des clauses d'adaptation.

<sup>98</sup> V. TALLON Denis., « *La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé* » in Etudes à la mémoire d'ALAIN SAYAG, Litec, 1997, p. 406.

convient de retenir qu'au-delà même de ces exceptions, plusieurs arguments peuvent militer en faveur d'une théorie de l'imprévision en droit des contrats.

**62. Consécration par la Cour de cassation du principe de révision-** L'affirmation selon laquelle, le juge ne saurait se permettre de réviser le contrat, quelle qu'en soit les circonstances, sous prétexte de la préservation de la sécurité du commerce et du respect de l'article 1134, n'est pas, à notre avis, convaincant. D'abord, parce que la procédure d'adaptation du contrat n'entame en rien la disposition légale précédemment citée. En effet, modifier un contrat parce que les circonstances économiques l'entourant sont profondément bouleversées ne signifie nullement sa remise en cause automatique. Qu'y a-t-il de gênant ou d'illicite à vouloir redresser un contrat ? Par ailleurs, la sécurité juridique doit-elle impliquer, nécessairement, immutabilité du contrat au détriment de l'équité et de la justice commutative ? Le droit, c'est un truisme de le dire, n'a pas, pour unique but, la protection de la sécurité du commerce. Il vise également celle de la justice. Tant il est vrai que négliger de protéger celle-ci risquerait certainement d'engendrer une certaine insécurité. Plusieurs autres arguments peuvent, aussi, militer en faveur d'une théorie de l'imprévision. Nul besoin de constater que les marchés évoluent vite. Ce qui engendre une évolution des structures juridiques qui se trouvent contraintes de s'y adapter. Or, l'adaptation de celles-ci implique celle des moyens juridiques par lesquels s'expriment leurs décisions de stratégie et de gestion quotidienne qui, à leur tour, requièrent une certaine adaptation. On peut citer, de plus, l'exigence de bonne foi.

**63. La bonne foi, fondement de la révision du contrat-** L'exécution de bonne foi du contrat requiert de chacun des cocontractants d'accepter sa révision lorsque les prestations se trouveraient fortement déséquilibrées par la survenance d'événements imprévisibles et profondément bouleversants. On peut, également, raisonner en se plaçant sur le terrain de l'environnement factuel du contrat. En effet, il est permis de soutenir qu'en contractant, les parties avaient agi en fonction de l'environnement ayant prévalu à cet instant. C'est par ce qu'elles connaissaient l'état des circonstances de l'époque qu'elles avaient accepté de signer sinon elles ne l'auraient pas fait ou, à tout le moins, l'auraient fait à d'autres conditions. Aussi, si ces circonstances viennent à varier, la logique et la bonne foi requièrent d'admettre l'adaptation du contrat. C'est d'ailleurs sur l'autel de la bonne foi que la chambre commerciale a pu admettre la révision d'un contrat tout en visant l'article

1134 du Code civil<sup>99</sup>. Cet arrêt de la chambre commerciale a marqué un pas très important en faveur de la théorie de l'imprévision en droit contractuel. Car, tout en affirmant le respect du contrat conformément à l'article précédemment cité, la Haute juridiction affirme également que le cocontractant distributeur a droit à la révision du contrat. Selon elle, l'exécution de bonne foi du contrat par la société pétrolière, fournisseur, requiert de sa part l'acceptation de réviser le contrat dans « *l'intérêt de son partenaire* ». Et, en refusant de renégocier le contrat le liant à son distributeur, renégociation qui devrait permettre à celui-ci de faire face à la concurrence, le fournisseur, affirme la Cour de cassation, a violé l'obligation d'exécution de bonne foi qui lui incombait, une bonne foi que certains ont trouvé « *conquérante* »<sup>100</sup>.. On peut retenir de cette décision une évolution très importante. Elle consacre, non pas à mots couverts, mais, officiellement comme on peut le constater, le principe selon lequel la bonne foi contractuelle postule une obligation d'adaptation du contrat.

**64.** La bonne foi, fondement du partage des risques entre contractants- Cet arrêt fut, par la suite, confirmé par un autre, rendu récemment, qui a été abondamment commenté par la doctrine<sup>101</sup>. Le principe de révision admis, se pose la question de l'organe compétent pour sa mise en œuvre. La révision doit, en principe, se faire à l'amiable compositeur. Ce ne sera qu'à défaut d'accord entre les parties, que l'intervention du juge ou d'un arbitre va se révéler nécessaire pour que soit adapté le contrat aux circonstances nouvelles ou, le cas échéant, le résilier à la date et aux conditions fixées par les parties. Il convient de préciser que cette intervention extérieure, pour être efficace, doit réunir certains critères. En effet, l'adaptation du contrat par le juge ou l'arbitre doit supposer, tout logiquement, une répartition juste et équitable du risque entre les parties et non pas mettre celui-ci à la charge d'une seule d'entre elles. Il convient tout de même de préciser que si, dans cette perspective de révision, le pouvoir modérateur du juge est assez étendu, il n'en demeure pas moins qu'il comporte, au moins, une limite. Il s'agit, en l'occurrence, de l'interdiction qui lui est faite de refaire le contrat, c'est-à-dire, qu'il ne pourrait en aucune façon, notamment, mettre à la charge d'une des parties une obligation différente de celle dont elle était initialement tenue. Au regard de l'analyse ainsi faite de l'imprévision, on notera qu'il

---

<sup>99</sup> V. Cass. Com., 3 novembre 1992, RTD civ. 1993.124, obs. J. MESTRE.

<sup>100</sup> V. J. MESTRE, préc.

<sup>101</sup> V. Cass. com., 24 novembre 1998, Bull. Civ., IV, n° 277, p. 232; R.T.D. civ., 1999, p. 98, n°10, obs. MESTRE; Défrénois, 1999, p. 371, n° 16, obs. D. MAZEAU ; J.C.P. 1999, éd. G., II, 10210, note PICOD Y.

ne sera évident de conclure que la réalisation d'une fusion et scission est de nature à emporter la révision du contrat.

### **B. Les fusions et scissions peuvent-elles déclencher la mise en œuvre d'une clause d'adaptation ?**

**65.** Positionnement du problème. L'inquiétude a ci-dessus posée est délicate à plus d'un titre. En effet, de son innocence apparente, elle permet de préciser, quelque part, le coté économique qui caractérise les fusions et scissions. Nous verrons qu'à coté de la nature juridique généralement connue desdites opérations, elles ont aussi une nature économique voire financière qui n'est pas souvent évoquée. Se demander si la réalisation des fusions et scissions est susceptible de remplir les conditions de mise en oeuvre de la clause de révision prévue par les parties dans le contrat en cours conclu par la société absorbée ou scindée ne peut être solutionnée que lorsqu'on se sera posé une autre question : dans la rédaction de cette clause de révision, les parties ont-elles oui ou non expressément visé les fusions et scissions ? Dans la première hypothèse, il n'y aurait pas de difficultés particulières. Il s'agirait simplement de respecter les modalités de mise en œuvre déterminées par la stipulation contractuelle. Par contre, dans la seconde hypothèse, le doute s'impose. En effet, toute la difficulté serait de savoir si l'on pourrait considérer la réalisation de la fusion ou de la scission comme un événement affectant profondément les circonstances économiques ayant existé au moment de la signature dudit contrat en cours et impliquer, par voie de conséquence, sa révision. Est-ce qu'en l'état actuel du droit des fusions et scissions, peut-on tirer une telle conclusion pour mettre en marche une clause d'adaptation contenue dans un contrat en cours ?

Avant de répondre à l'interrogation que nous nous sommes posé (2°), il conviendrait d'examiner les différentes clauses possibles d'adaptation que les parties pourront inclure dans leur contrat (1°).

#### **1°. Les clauses d'adaptation dans les contrats en cours**

66. Nous n'aurons pas pour ambition, ici, de faire une étude exhaustive de toutes les clauses susceptibles d'exister. Il s'agira, juste, pour nous, de relever les deux clauses les plus usuelles, en l'occurrence les clauses correctives (a°) et la clause de « *hardship* » (b°).

#### **a°. Les clauses correctives**

67. Même si le droit commun ne consacre pas, de manière spécifique, une théorie de l'imprévision, il n'empêche que les parties demeurent libres d'insérer, dans leurs conventions, des clauses destinées, dans l'hypothèse d'un changement de circonstances, d'adapter ces conventions aux circonstances nouvelles, c'est-à-dire de corriger le déséquilibre induit par la survenance d'évènements que les parties ont estimé possibles de se produire. Cette absence de règle législative ne constitue donc pas une entrave, pour les contractants, à prendre des dispositions ayant pour objet d'assurer l'adaptation des modalités d'application de leurs rapports contractuels à l'évolution qu'elles subissent.

68. Dans cette optique de révision, les clauses généralement utilisées sont celles qui consistent à adapter le prix, initialement fixé, aux circonstances nouvelles. Deux types de clause peuvent être utilisés par les parties. Elles peuvent faire usage d'une clause d'échelle mobile qui est une stipulation en vertu de laquelle la valeur d'un bien ou d'une prestation est liée à celle d'un autre bien, d'un service ou du coût de la vie<sup>102</sup>. Cette clause permet ainsi la modification de plein droit du prix sans intervention d'un tiers. La deuxième possibilité dont elles disposent, consiste à faire varier le prix fixé dans leur contrat en le liant à un certain nombre d'indices économiques ou monétaires : il s'agit des clauses d'indexation. Mais, contrairement à la première hypothèse, ici, l'adaptation ne se fera pas automatiquement. Elle requerra l'intervention soit d'un juge, soit d'un arbitre. Et, la jurisprudence, en dépit de sa position classique à l'égard de l'imprévision, reconnaît la validité de telles clauses<sup>103</sup>. Mais, il n'y a pas que les clauses d'ordre monétaires qui soient à la disposition des contractants.

---

<sup>102</sup> V. Lexique des termes juridiques, 13<sup>e</sup> éd., Dalloz, p. 103.

<sup>103</sup> Cf. Cass. com., 31 mai préc.



### b°). La clause de « *hardship* »

69. Détermination- Cette clause, à l'inverse de la clause d'indexation, a pour but de réviser le contrat, c'est-à-dire de permettre sa renégociation, lorsque la survenance de nouvelles circonstances modifie profondément l'équilibre initial des prestations contractuelles<sup>104</sup>. La clause de révision, ou clause *hardship*, c'est la stipulation par laquelle les contractants prennent l'engagement de renégocier le contrat en cas de bouleversement des circonstances économiques ayant prévalu à la conclusion du contrat. Son domaine est donc plus large, ce qui rend, semble-t-il, toute tentative de détermination précise de ses contours plus difficiles<sup>105</sup>. A l'examen, on remarquera que la mise en oeuvre de la clause de *hardship* diffère selon la qualification d'internationale ou d'interne du contrat en cours. Dans la première hypothèse, il est évident que la rectification du contrat sera liée à la loi applicable à celui-ci qui permettra au juge ou, à l'arbitre, d'adapter le contrat aux circonstances qui en bouleversent l'économie ou, le cas échéant, d'en prononcer son anéantissement. Dans la deuxième hypothèse, la sauvegarde de l'équilibre du rapport contractuel contre les profonds bouleversements l'affectant, requerra une renégociation totale ou partielle du contrat. À certains égards, on pourrait rapprocher la clause de *hardship* d'une autre, plus connue dans le monde anglo-saxon, dont l'actualité juridique et financière en parle de plus en plus depuis l'événement dramatique du 11 septembre 2001 aux Etats-unis<sup>106</sup>. Il s'agit en l'occurrence de la clause « *Material adverse change* »<sup>107</sup>, dite Clause « *MAC* ». L'intention commune des parties, au travers de cette clause, c'est de pouvoir, ultérieurement, adapter leur contrat à l'évolution du temps ou, le cas échéant si cela s'avérerait impossible, d'en prononcer la rupture. La même conclusion doit être tirée

<sup>104</sup> V. GHESTIN J., op. Cit., n° 318, p. 382.

<sup>105</sup> V. GHESTIN J., op. Cit., p. 383.

<sup>106</sup> V. B. MERCADAL, « *A propos de la clause "Material adverse change" en matière de fusions de sociétés*, RJDA 2/03, p. 83 ; H. SCALBERT et L. JOBERT, *Les clauses dites « Material adverse change » dans les opérations d'acquisition* : Act. Prat., juillet-août 2003, p. 30 ; H. DUBOUT, *La résiliation du contrat d'acquisition d'entreprises entre signature et réalisation du contrat(closing)* : Bull. Joly, Août-septembre 2001, § 178, p. 837.

<sup>107</sup> La clause « *Material adverse change* » ou « *Material adverse effect* » ou encore « *deal stopping clause* », couramment appelée « *MAC* » est une pratique juridique encore inconnue du monde des affaires français. Elle est plus connue outre-atlantique. Elle est souvent utilisée dans les opérations de fusions de sociétés, d'acquisitions de titres sociaux ainsi que d'offres publiques d'achat d'actions sur le marché financier (V. art. préc. de B. MERCADAL, H. SCALBERT et L. JOBERT.) C'est une clause qui permet au cocontractant acquéreur de se réserver la possibilité de refuser le *closing* de la fusion ou de l'acquisition convenue, ou d'en rediscuter les conditions si, entre la date de signature et celle de réalisation définitive de l'opération, surviennent des événements entraînant un bouleversement profond de l'économie de l'opération. C'est, en d'autres termes, une clause qui permet à la partie contractante qui en bénéficie, de pouvoir soit refuser la continuation du contrat, soit d'en demander la renégociation de ses conditions. Comme, on peut le constater, la clause d'adversité permet, à l'instar de celle de « *hardship* », d'adapter un contrat à l'évolution des conditions ayant prévalu le jour de sa formation. Il existe, au moins, une différence entre elles, c'est que la clause « *MAC* » n'est souvent stipulée que dans les opérations de fusions de sociétés ou d'acquisition de titres. Ses avantages sont tels, dans ces domaines, que certains comme, B. MERCADAL, en réclament la transposition en droit français.

lorsque, en dépit de la renégociation, les deux parties ou l'une d'entre elles risquerait d'être gravement ruinée.

Une étude plus structurelle, nous permet de remarquer que la nature des facteurs déclenchant les clauses d'adaptation ressemble fortement à celle des faits qui engendrent la force majeure. C'est-à-dire des événements imprévus, inévitables et extérieurs à la volonté des parties à l'accord. La seule différence en est que, dans le premier cas, au lieu que la survenance de ces événements entraînent une impossibilité d'exécution temporaire ou définitive dans le chef du débiteur de la prestation, les contractants préfèrent de modifier leur rapport contractuel et de l'adapter, lui offrant ainsi la possibilité de réaliser l'objet pour lequel il a été conclu.

## **2°. L'effet des fusions et scissions sur la mise en œuvre des clauses d'adaptation**

**70.** Nature du bouleversement impliqué par la fusion ou scission- A priori, la réponse à la question précédemment posée est non, au moins pour l'une des parties, en l'occurrence la société contractante. Deux éléments permettent, à notre sens, de conforter cette analyse. En premier lieu, il sera permis de douter de l'efficacité d'une clause de révision ou de renégociation en ce sens que celle-ci, faut-il le rappeler, suppose la survenance d'événements brusques et imprévisibles emportant une modification profonde des circonstances économiques ayant présidé à la signature de l'accord. Le bouleversement qu'induirait cette soudaine survenance devrait être tel que les parties ou, au moins l'une d'entre elles, n'auraient pas contracté ou l'auraient fait autrement. Or, et c'est le deuxième élément, la réalisation d'une fusion ou scission constitue une opération qui requiert une certaine durée. Ces opérations traduisent l'aboutissement de toute une série d'étapes procédurales qui se succèdent. La société bénéficiaire, en tant que participante à la fusion ou scission, ne pourrait donc pas, en principe, alléguer de celle-ci pour revendiquer une éventuelle renégociation du contrat en cours recueilli. En effet, l'opération à laquelle elle a été partie prenante ne peut être considérée comme une circonstance imprévisible, susceptible d'entraîner une modification importante du contrat en cours continué et impliquer, par voie de conséquence, la mise en œuvre d'une procédure d'adaptation ou de modification de prix. La mise en œuvre d'une telle procédure, on en convient, ne peut se

justifier ici, car la fusion n'est pas un événement brusque et imprévisible. La réalisation d'une opération de fusion et de scission suppose une convention qui ne peut d'ailleurs produire effet qu'après l'approbation de l'assemblée générale extraordinaire des sociétés participantes. Mais, si la société bénéficiaire ne peut alléguer de la fusion ou scission pour déclencher la procédure de révision, on ne peut en dire autant du cocontractant qui, lui, n'a pas été partie prenante à cette opération.

**71. Du pouvoir d'action du cocontractant-** Il pourrait ainsi demander une modification du prix ou la renégociation du contrat en cours en démontrant que la survenance de l'opération de fusion ou de scission a bouleversé profondément ses prévisions faites au moment de la signature du contrat. De même, d'ailleurs, Il faut avoir à l'esprit que la réalisation d'une opération de fusion et scission est généralement faite dans une optique de croissance économique et financière. Ceci est indéniable. En effet, lorsqu'une entreprise absorbe une autre, la motivation est souvent principalement financière et/ou économique. Et, justement la réalisation de telles opérations peut emporter d'énormes conséquences financières susceptibles de modifier de manière profonde les circonstances économiques existant à l'origine de la signature du contrat et impliquer un déséquilibre des prestations entre les parties. Une correction de ce déséquilibre contractuel s'imposera dès lors. La prise en compte, de plus, d'une perspective de vision stratégique n'est pas, non plus, exclue.

**72. La preuve d'un déséquilibre-** Toutefois, il reviendra, au contractant, de démontrer au juge que la réalisation de la fusion a entraîné un déséquilibre profond du contrat de nature telle que s'il l'avait su, il n'aurait pas contracté. Il faut reconnaître qu'il aura du mal à convaincre un juge d'une telle chose. Par ailleurs, les fusions et scissions n'ont pas pour seul objectif, la création d'une croissance financière. Autrement dit, les acteurs économiques, au moment de ces opérations, n'ont pas en vue, dans le court terme, une ambition de « *vampirisme financier* »<sup>108</sup> mais, au contraire, ont en perspective la constitution d'ensembles vastes et intégrés, susceptibles de faire face à la concurrence qui sévit, c'est-à-dire, donc, de s'adapter aux mutations que connaît tant l'environnement communautaire qu'international. La concentration d'entreprises que postulent les fusions et scissions permet la création de groupes de taille plus importante avec des possibilités économiques et financières encore plus importantes que celles des entreprises qui ont

---

<sup>108</sup> L'expression est de BERTREL J.-P.: « *Acquisition et vampirisme financier* », Dr. et patrimoine, janvier 1993, p. 52.

disparu. Par conséquent, cela ne devrait logiquement pas soulever de difficultés spécifiques puisque le cocontractant de la société contractante disparue se trouverait en face d'un partenaire encore plus crédible tant économiquement que financièrement. Ce qui fait qu'en général, les institutions bancaires ou autres organismes de crédit ne rechignent généralement pas à accorder une confiance plus grande à de tels ensembles qui se trouveraient avec des chiffres d'affaires et des capacités d'endettement plus importants. D'autres questions subsidiaires, et non des moindres, peuvent se poser consécutivement à la mise en œuvre de ces clauses de renégociation. En effet, on se demande quel serait l'effet de celle-ci sur le contrat en cours selon que la renégociation ait ( **b°**) ou non réussi ( **a°**).

**a°). Le sort du contrat en cours durant la période de renégociation :  
l'hypothèse d'échec de celle-ci**

**73. Positionnement du problème-** La renégociation pouvant, par essence, requérir l'écoulement d'une certaine durée, il serait utile de déterminer ce que deviendront les prestations contractuelles pendant cette période. Assistera-t-on ou non à une paralysie totale des engagements souscrits ou de certains d'entre eux seulement ? Le contrat en cours doit-il continuer tel qu'il est ou, au contraire, doit-il être considéré comme suspendu, le temps que la renégociation aboutisse ? C'est en principe aux parties de prévoir la situation du contrat en cours pendant la période de l'adaptation. Elles peuvent, à ce titre, décider soit de sa suspension en attendant que la renégociation termine, soit sa continuation en dépit de celle-ci. Aussi, en principe, le contrat en cours continuera d'être exécuté, dans l'état où il se trouve, pendant toute la période de renégociation en l'absence de toute disposition contractuelle contraire. La renégociation ne signifie nullement suspension.

**74. Interprétation de l'environnement du contrat-** D'où la nécessité, dans de telles circonstances, de procéder à un examen des dispositions du contrat. Si, aucune stipulation ne prévoit une quelconque caducité ou suspension du contrat, il est logique que celui-ci continuera de produire effets en l'état. Le principe de continuation du contrat, par l'effet de la fusion ou scission, impose, faut-il le rappeler, une telle analyse. En même temps qu'ils renégocient ses termes, l'accord en cause continuera de produire ses effets. Seule, en définitive, une volonté expresse des parties peut imposer une solution contraire.

Qu'advierait-il si les contractants, en dépit de leur bonne foi, ne parviennent pas à « *refaçonner* » leur contrat. Il faut préciser que l'obligation de renégocier ne signifie pas, forcément, obligation d'aboutir à un remodelage du contrat. Les contractants ne sont pas, dans cette entreprise, tenus d'une obligation de résultat<sup>109</sup>. La seule obligation dont ils sont véritablement tenus, c'est celle d'accepter, de bonne foi, de « *refaçonner* » leur rapport contractuel, sous peine d'être condamnés à des dommages et intérêts. En cas d'insuccès imputable à une personne, le principe reste le maintien du contrat, à ses conditions initiales, à moins d'une stipulation contractuelle contraire. L'analyse précédente nous paraît indiscutable, dans son principe. Rien ne permet de résoudre un accord si les parties n'en ont pas décidé ainsi. Toutefois, il conviendrait de reconnaître une limite à ce principe de maintien, dans l'hypothèse d'un échec de la renégociation. Il serait injuste et profondément inéquitable de faire poursuivre un contrat dont le déséquilibre porte gravement atteinte aux droits d'une des parties contractantes. Rien ne pourra justifier l'admission d'une telle solution. Il est aussi, par ailleurs, évident qu'après l'échec de l'adaptation, si le maintien du contrat risquerait de faire supporter aux deux parties une exécution excessivement onéreuse, elles n'hésiteraient pas, de concert, de le résilier même en l'absence d'une telle stipulation contractuelle. Cependant, la renégociation n'échoue pas toujours. Il peut arriver, en dépit de la nature profondément bouleversante des nouvelles circonstances, qu'elle réussisse.

#### **b°). Le contrat en cours lorsqu'il y a succès de la renégociation**

**75.** Portée du succès de la renégociation- Nombre d'interrogations se posent lorsque les parties, c'est-à-dire la société bénéficiaire et le cocontractant, réussissent la procédure de renégociation. Elles sont toutes relatives à la portée de ce succès. Y a-t-il, du fait du remodelage réussi, création d'un nouvel accord ? C'est-à-dire doit-on considérer qu'il y a novation ou, au contraire, devra-t-on admettre que c'est le même contrat initial qui se poursuit ? En principe, cette question ne devrait pas se poser, puisque l'objectif de la clause, c'est d'adapter le contrat à l'évolution qu'elle subit. L'idée est donc de juste renégocier le contrat et non de le transformer. Par conséquent, en cas de succès de cette procédure d'adaptation, la logique requiert de considérer que c'est le contrat initial,

---

<sup>109</sup> V. GHESTIN J., op. Cit., n° 319.

refaçonné, qui continue. Toutefois, la réponse à cette interrogation n'est pas aussi simple qu'on pourrait l'imaginer. Faut-il préciser qu'elle a d'ailleurs soulevé des controverses chez les auteurs<sup>110</sup>. La question est d'importance surtout lorsque l'adaptation du contrat a porté, non pas sur une partie de celui-ci mais, sur son entier. De plus, l'utilité de savoir si on est en face d'un nouvel accord ou non se révélera lorsqu'il s'agira, notamment de déterminer le droit applicable ou les formalités de publicité à respecter<sup>111</sup>. En fait, ici aussi, la solution dépend de la volonté exprimée par les contractants. Si leur intention exprimée est de faire du contrat renégocié, un nouvel accord, tel sera le cas. Si, également, elles décident que c'est la même convention qui se poursuivra, malgré la modification, il en sera ainsi. Mais, on peut imaginer, et c'est possible, que les parties omettent d'inclure de telles clauses dans leur accord. Dès lors quelle sera la portée du « *produit* » de la renégociation par rapport au contrat initial ? Deux thèses s'affrontent sur ce terrain et traduisent les perceptions objective et subjective que l'on se fait du contrat renégocié.

76. Conception objective : le déni du rôle de la volonté contractuelle. L'idée qui se dégage de cette conception, est qu'on estime qu'il y a novation, c'est-à-dire création d'un nouvel accord, lorsque la renégociation aurait abouti à la modification d'un élément objectivement substantiel du contrat. Tout contrat possède un substrat propre à lui qui, une fois changé, entraîne aussitôt sa mutation en un nouvel accord. C'est cette analyse, d'ailleurs, qu'a choisie de consacrer, *a contrario*, la Cour de cassation dans un arrêt lorsqu'elle affirmait « *que quelle que soit l'intention des parties, une modification dans le montant de la dette ne suffit pas à caractériser la novation* »<sup>112</sup>, analyse confirmée par la même juridiction dans une autre décision ultérieure<sup>113</sup>. Ainsi, peu importe la volonté des parties dès lors que la modification ne porte que sur un élément mineur. Pour les tenants de cette analyse objective, seule une modification d'un élément caractéristique du contrat en cours peut autoriser de déduire qu'il y a création d'un nouveau contrat, à l'issue de la renégociation, et non, continuation du contrat initial. L'analyse juridique requiert de contester cette analyse, dans son principe même, eu égard à la place faite à la volonté des parties.

---

<sup>110</sup> V. GHESTIN, op. Cit., note de bas de page n° 163, p. 386.

<sup>111</sup> V. MOUSSERON JM, La technique contractuelle, éd. F. Lefebvre, 2<sup>e</sup> éd., 1999, n° 1678, p. 609.

<sup>112</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 novembre 1967 : Bull. civ., I, n° 335, p. 251 cité par GHESTIN, op. cit. p. 386.

<sup>113</sup> V. Cass. Civ., 1<sup>re</sup>, 25 mai 1981, Bull. civ., I, n° 182, p. 148.

77. Conception subjective : consécration de la volonté contractuelle. Cette conception, contrairement à la précédente, met la volonté des parties au centre du mécanisme permettant de jauger la portée du résultat de la renégociation par rapport au contrat initial. Dans cette optique, il est considéré qu'il ne peut y avoir novation, quelle qu'elle soit, c'est-à-dire création d'un nouvel accord, qui ne vienne de l'intention expresse des parties. Pour déterminer la portée de la renégociation, l'analyse portera, ici, non pas sur l'un ou les éléments essentiels du contrat initial mais, au contraire, sur la réelle intention exprimée par les contractants. Si celle-ci exprime le choix de donner naissance à un nouveau contrat, on doit admettre le résultat auquel a abouti la procédure de « *refaçonnage* ». Et si, à l'inverse, il s'était agi, pour les contractants, en dépit de la nature de la modification, de continuer le même contrat, leur choix méritera, également d'être respecté autant du juge que des tiers. C'est ce qu'exprimait la Haute juridiction lorsqu'elle affirmait qu'une modification aussi mineure soit-elle, peut déboucher sur une novation si telle est la volonté des contractants<sup>114</sup>. La tentation est grande, dans cet affrontement entre conceptions objective et subjective, de se demander laquelle de ces deux thèses est plus conforme à cette notion classique qu'est le contrat. Le droit des fusions ne donne aucune réponse sur cette interrogation. En vertu de celui-ci, est transmissible, de plein droit, tout contrat en cours d'exécution à la date de réalisation définitive de ladite opération. Cependant, en analysant de plus près les clauses d'adaptation, on peut être tenté de vouloir privilégier la conception objective. Il est admis, de façon unanime, que la finalité de ces clauses, c'est d'adapter le rapport contractuel à l'évolution dont il est victime, c'est-à-dire soit de réajuster le prix initialement convenu, soit de renégocier tout le contrat. Par conséquent, lorsque cette procédure d'adaptation débouche sur une remise en cause profonde de la substance du contrat, il semble qu'il conviendrait d'admettre qu'il y a novation. Il y aurait ainsi entre la société bénéficiaire et le cocontractant, à l'issue de la renégociation, mutation du contrat en cours en un contrat nouveau. Toutefois, tenir un tel raisonnement serait contraire tant à la logique qu'au principe de l'autonomie de la volonté que reconnaît expressément le droit français du contrat<sup>115</sup>. D'abord, faut-il préciser que la clause de renégociation se distingue de celle de reconduction qui, elle, consiste à la substitution au contrat échu d'un nouveau contrat. Si la clause de reconduction vaut renouvellement du contrat<sup>116</sup>, c'est-à-dire conclusion d'un nouveau contrat, ce qui est classique, on ne peut pas en dire autant de la

<sup>114</sup> V. Req., 8 novembre 1875, D. P. 1876, 1, p. 438 cité par GHESTIN op. cit., p. 386.

<sup>115</sup> Cf. article 1134 du C. civ.

<sup>116</sup> V. Cass. 1re, 17 juillet 1980, Bull. Civ. I, n° 220 ; Cass. Civ., 10 janvier 1984, Bull. Civ. I, n° 106.

clause de renégociation qui, elle, consiste à remodeler l'accord initial. Par ailleurs, conformément à la règle de l'autonomie, on doit accepter de s'en tenir, de manière stricte, à leur commune intention exprimée et non pas à la modification subie par un élément du contrat aussi important soit-il. En d'autres termes, dans la détermination de la portée du résultat de la renégociation, le dernier mot doit revenir aux contractants. C'est à eux seuls de décider quand et quelles obligations devraient les lier. La novation, par principe, est un choix exprès des contractants<sup>117</sup>.

**78. Du rôle de la volonté des cocontractants-** Autrement dit, qu'ils ont entendu mettre fin aux obligations initiales qui les liaient au profit d'obligations nouvelles. Ce qui requiert une distinction incontestable entre ces deux séries d'obligations. Aussi, seule leur volonté d'éteindre ou non le contrat initial et de le remplacer par un autre, devrait être prise en considération et non pas se focaliser sur l'un des éléments de la convention. Cette conception subjective s'observe même au travers de la position traditionnelle de la jurisprudence à l'égard de la révision contractuelle. En refusant, par principe, de modifier le contrat signé par les parties, on peut en déduire que ce n'est ni par erreur, ni par lâcheté. On peut imaginer que le juge voulait juste réserver aux contractants cette liberté de non seulement conclure mais, également, de remodeler leurs accords. C'est en d'autres termes, pour la jurisprudence de respecter un principe fondamental qu'est celui de l'autonomie, principe qui réserve aux individus la liberté de régler leurs relations. La seule limite à ce principe d'autonomie devrait, selon notre analyse, être le respect des droits autant du cocontractant le plus faible que des tiers. Autrement dit, la novation ne devrait déboucher sur une fraude susceptible de porter atteinte aux droits des tiers ou d'un des contractants. Et, dans cette perspective, il reviendrait au juge d'y veiller de manière scrupuleuse.

## **II. La continuation du contrat en cours en l'absence d'une clause de révision**

**79. Poursuite du contrat conformément aux conditions initiales-** Le droit des fusions et des scissions ne précise pas les effets juridiques que produiront les contrats souscrits par la société qui disparaît ni à quelles conditions leur exécution doit se poursuivre. En d'autres termes, il ne détermine pas dans quels termes ces contrats seront transférés. Toutefois, du

---

<sup>117</sup> V. GHOZI A., *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, LGDJ, 1980, n° 102, p. 47.



fait de la règle de transfert universel qui découle des fusions et des scissions, on peut estimer que l'exécution des contrats recueillis par la société nouvelle ou absorbante doit se faire aux conditions auxquelles ils ont été initialement conclus et ce conformément aux dispositions générales du droit des contrats ou aux dispositions applicables à la catégorie particulière de contrats à laquelle appartient le contrat en cause. La société absorbante est tenue à l'exécution de tous les contrats en cours dans la société absorbée à la date de réalisation de la fusion ou de la scission. Celles-ci n'apportent aucune dérogation ou modification, *de facto*, aux obligations qui en résultent. N'est-il pas dit que la transmission universelle se fait dans « ...l'état où se trouve le patrimoine... »<sup>118</sup>? La société bénéficiaire autant que le cocontractant ne peuvent, sous prétexte de la fusion ou scission, apporter de modifications aux prestations auxquelles ils sont tenus. Ils doivent s'exécuter conformément à l'article 1134, alinéa 2 du Code civil<sup>119</sup>. Ainsi, en cas de fusion ou scission lorsque le contrat en cours se révèle être, par exemple, un contrat de crédit-bail mobilier, le crédit-bailleur ne pourrait se voir imposer par la société bénéficiaire de nouvelles conditions d'exécution du contrat.

**80.** La continuation des contrats consécutive à une fusion ou scission doit ainsi se faire selon les termes initialement prévus et selon les dispositions du droit commun des obligations. Dans cette optique, un contrat continué et qui est à durée indéterminée impliquera toujours la faculté pour les deux parties de s'en défaire unilatéralement, sous réserve, bien évidemment, du respect d'un délai de préavis propre à chaque type de contrat. Le fournisseur pourra dès lors mettre fin au contrat de fournitures conclu en dehors de toute précision de terme.

**81.** Le contrat continué, convient-il de le préciser, doit recevoir application de part et d'autre et, chacun des protagonistes doit fournir les prestations convenues au moment de la conclusion dudit contrat. D'abord, la société bénéficiaire du transfert contractuel, si elle a le droit de jouir des droits qui naissent du contrat, elle a, aussi, le devoir d'assumer les charges qui en résultent. A défaut, les clauses résolutoires ou d'exécution forcée pourront s'appliquer. Lorsque, par exemple, les charges qui lui sont transmises s'analysent en un paiement de prix, elle aura l'obligation de payer celui-ci. De même en cas de transfert d'un contrat à exécution successive, elle sera tenue autant des obligations antérieures que

---

<sup>118</sup> V. L. 236-3, al.1 préc.

<sup>119</sup> Cet article dispose que les conventions légalement formées doivent être exécutées de bonne foi.

postérieures à la fusion ou à la scission. Il peut cependant en être autrement selon les termes de la convention de fusion ou de scission. Par ailleurs, le cocontractant, de son côté, sera, lui aussi, tenu d'exécuter les obligations que le contrat avait mises à sa charge. Il ne peut alléguer de la fusion pour se soustraire ou modifier les prestations dont il est tenu<sup>120</sup>. Du fait de l'effet subrogatif des fusions, la société nouvelle ou absorbante, autant que le cocontractant, est tenue d'exécuter les obligations souscrites par la société fusionnée ou scindée qui a disparu. Les fusions et scissions ne peuvent constituer de causes ou servir d'excuses pour modifier les obligations initialement souscrites.

---

<sup>120</sup> A moins que la fusion ou la scission ne coïncide avec un changement de circonstances économiques prévues au travers d'une clause.

### §.3. Les moyens de défense en cas d'inexécution

**82. Des moyens de défense en cas d'inexécution du contrat poursuivi-** Deux hypothèses d'inexécution peuvent se présenter. Une inexécution qui existe avant même l'opération de fusion ou de scission et celle qui naît à l'issue de ces opérations. Avant tout, il faut mentionner, comme nous l'avions déjà relevé, que les fusions et les scissions ne sont pas, par principe et au regard de la loi, des causes de caducité du contrat<sup>121</sup>. Par conséquent, le cocontractant ou la société bénéficiaire ne peut s'en servir pour refuser d'exécuter les obligations mises à sa charge par le contrat. Le cocontractant aussi bien que la société bénéficiaire sont tous les deux tenus d'exécuter leurs obligations respectives. Cependant, il peut arriver que l'un d'eux soit défaillant. Dans ce cas, chacun des deux pourra utiliser tout l'arsenal des moyens de pression et des sanctions du droit commun. Par exemple en cas d'inexécution de la part de la société nouvelle ou absorbante, le cocontractant aura la possibilité d'exciper de l'exception d'inexécution ou d'exercer des poursuites en paiement ou encore réclamer l'application éventuelle d'une clause pénale. Ce qui voudrait dire qu'un manquement au contrat transféré, ultérieur à la fusion ou la scission, donnera la possibilité au cocontractant victime de l'inexécution de résilier ledit contrat, soit par le truchement d'une clause de résiliation, soit aussi de le résoudre par le biais d'une clause de résolution de plein droit, soit encore par une demande en justice. Dans cette perspective, un fournisseur de la société absorbée qui, après la fusion, ne s'est pas fait payer par la société bénéficiaire, pourra ainsi exercer les moyens mis à sa disposition soit par le droit commun, soit par les dispositions du contrat de fournitures. Il peut refuser de fournir la société nouvelle ou absorbante alors que celle-ci en ressent le besoin tant qu'elle ne se serait pas exécutée ; il peut aussi purement et simplement résilier ce contrat en recourant à la clause de résiliation stipulée dans le contrat. Que la société bénéficiaire ou le cocontractant soit tenu d'observer strictement toutes les dispositions du contrat transféré n'a rien de surprenant. Ce n'est qu'une logique de la fusion ou de la scission. La société absorbante ou nouvelle, lorsqu'elle recueille les contrats, a l'obligation d'exécuter ceux-ci en entier en respectant tous les droits et obligations qui s'y rattachent. Ainsi, en tant que « partie » au contrat, elle doit fournir la contre-prestation prévue dans le

---

<sup>121</sup> Sauf si, bien sûr, une stipulation adéquate précise qu'en cas de fusion ou de scission le contrat en question ne sera plus maintenu.

contrat et respecter toutes les clauses qui s'y trouvent, notamment les clauses de non-concurrence.

**83.** Les fusions et les scissions n'entament en rien le respect de la « *loi des parties* ». Si, à l'issue d'une fusion ou scission, le principe est que les contrats en cours souscrits par la société absorbée, passent à la société bénéficiaire, se pose le problème de déterminer le fondement d'une telle règle. Pour la doctrine, autant que pour la jurisprudence, la règle du transfert du contrat, à l'issue d'une opération de fusion ou de scission, n'est autrement fondée que sur le principe de la transmission universelle de patrimoine qui résulte de telles opérations. D'où, le nécessaire examen de ce principe.

## CHAPITRE II FONDEMENT DU PRINCIPE DE LA CONTINUATION DES CONTRATS À L'OCCASION D'UNE FUSION ET SCISSION

**84- Plan du chapitre-** La nécessité de rendre plus clair et compréhensible le fondement de la transmission des contrats dans les opérations de fusions et de scissions requiert de déterminer ce qu'est, au préalable, le concept même de transmission universelle de patrimoine. Aussi paraît-il évident de cerner ce que renferme ce concept. Cela nous permettra de comprendre laquelle des deux règles<sup>122</sup> qu'il renferme justifie le mieux la transmission des contrats, à l'issue d'une fusion ou d'une scission. C'est pourquoi, avant l'étude du fondement de la règle de la transmission universelle (**SECTION II**), il serait intéressant de s'attarder, quelque peu, sur le contenu même de cette règle (**SECTION I**).

### SECTION I DE LA NOTION DE LA TRANSMISSION UNIVERSELLE DE PATRIMOINE

**85- Transmission du patrimoine-** L'effet majeur d'une opération de fusion ou de scission, lorsqu'elle s'opère, c'est d'impliquer la transmission du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante ou nouvelle<sup>123</sup>, et ce, dans l'état où se trouve ce patrimoine au jour de l'opération. Cette transmission, faut-il le rappeler, s'opère de manière « *universelle* »<sup>124</sup>. Autrement dit, tout le patrimoine de la société absorbée se va pouvoir être transmis à la société bénéficiaire. On dit, en l'occurrence, que le transfert s'opère « *uno actu* » et de manière automatique<sup>125</sup>.

L'objet de la transmission étant le patrimoine de la société qui disparaît, il serait, à notre avis, intéressant de déterminer ce qu'est le patrimoine social au sein duquel le contrat occupe une place particulière (§.1). Mais, l'étude de la notion de la transmission universelle ne serait complète sans la détermination de sa teneur (§.2).

---

<sup>122</sup> C'est-à-dire la règle de continuation de l'entité dissoute et celle de continuité de l'entreprise.

<sup>123</sup> V. Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 12 éd. Economica, 2003, p. 689, n° 635 ; M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, G. Ripert et R. Roblot, t. 1-vol. 2, Les sociétés commerciales, L.G.D.J., 2002, p. 649, n° 1974.

<sup>124</sup> V. en ce sens C. com., art. L. 236-3.

<sup>125</sup> V. Y. GUYON, op. cit., idem.

## §.1. Le patrimoine social et le contrat

**86. Liaison entre patrimoine et contrat-** Les termes de patrimoine et de contrat constituent deux notions fondamentales du droit civil. L'activité économique et commerciale crée, très souvent, un lien indissoluble entre ces deux concepts. Un auteur<sup>126</sup> disait, à ce propos, que « *le contrat est un élément de richesse* », qualificatif que l'on peut aussi attribuer au patrimoine. D'où, l'interrogation légitime de savoir ce que recouvrent ces notions de contrat et de patrimoine social. Nous nous intéresserons d'abord au patrimoine de la société (I.) avant de voir la place qu'occupe le contrat dans celui-ci (II.).

### I. La notion de patrimoine social

**87. Précision préliminaire-** Dans les développements qui suivront, il s'agira, non pas de parler de la philosophie ou de l'histoire du patrimoine mais, de dire ce qu'est, en fait, le patrimoine de la société. En d'autres termes ses différentes composantes. L'expression « *patrimoine* » provient du latin *patrimonium*<sup>127</sup>. C'est une notion largement usitée. Ainsi entend-on parler de patrimoine génétique, patrimoine moral, patrimoine culturel ou encore patrimoine mondial de l'humanité. Mais, au fait que recouvre cette notion ? Le patrimoine est parfois défini comme l'ensemble des biens et obligations qui appartiennent à une personne physique ou morale, d'où l'appellation de biens patrimoniaux par opposition aux biens extrapatrimoniaux.

**88. Signification du patrimoine-** Le patrimoine *stricto sensu*, objet de notre analyse, sera celui relevant du domaine économique et non du domaine physique ou psychique de la personne caractérisé par son aspect d'extrapatrimonialité. Et cette coloration économique du patrimoine se révèle par le truchement de certaines dispositions légales<sup>128</sup>. Elle se retrouve également exprimée chez un certain nombre d'auteurs<sup>129</sup>. Dire

---

<sup>126</sup> Paul DURAND, *Préface à La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, L.G.D.J 1960.

<sup>127</sup> V. SERIAUX A.,

<sup>128</sup> V. par exemple les articles 1844-4, al.2 et 1844-5, al.3.

<sup>129</sup> « *On appelle patrimoine l'ensemble des droits et des charges d'une personne appréciables en argent, envisagé comme formant une universalité de droits* » : M Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t.3, les biens ; « *Le patrimoine est l'ensemble des droits et des obligations d'une personne qui ont un caractère économique et pécuniaire* » : G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t.1, *Introduction générale à l'étude du droit*, 2è éd. Sirey, 1972, n°287 ; « *Le patrimoine est l'ensemble des droits et des obligations d'une personne qui sont appréciables en argent* » : P. Robino, *Rép. Civ. Dalloz v° Patrimoine*, n°1.

que la société personne morale dispose d'un patrimoine, c'est reconnaître qu'elle est propriétaire de l'ensemble des biens apportés par les associés ainsi que de ceux qu'elle a acquis après sa constitution. Et sur cet ensemble de biens, les associés n'y ont aucun droit direct. D'où l'idée selon laquelle le droit de l'associé sur le patrimoine social n'est qu'un bien meuble alors même que la société posséderait des immeubles<sup>130</sup>.

**89. Le patrimoine : une universalité juridique-** - Les éléments du patrimoine forment un tout. Ils sont liés entre eux et, constituent à ce propos ce qu'on appelle, généralement, une universalité juridique. Ils sont reliés entre eux par un lien de cohésion fondé sur la personnalité du titulaire du patrimoine d'après la théorie d'Aubry et Rau. Pour ces auteurs, le patrimoine, en tant qu'universalité, est une émanation de la personne<sup>131</sup>. Si pour les personnes, il ne fait aucun doute que le patrimoine est attaché à la personne, il est permis, aujourd'hui, d'en douter s'agissant des personnes morales, plus particulièrement encore des sociétés commerciales. La théorie personnaliste<sup>132</sup> du patrimoine, on le sait, s'oppose à une vision fonctionnelle de celui-ci qui permettrait à une personne ou à un groupement de constituer un ensemble de biens permettant d'atteindre certains objectifs.

**90. Le patrimoine d'affectation-** Mais, cette théorie, en dépit du respect qu'elle inspire ne correspond pas aujourd'hui à la réalité. Si, le patrimoine est le contenant de droits et d'obligations, on remarquera que les droits et dettes attachés à la personne ne font pas parties du patrimoine. N'entrent dans celui-ci que les biens et dettes pouvant faire l'objet d'une transmission. Et en passant du patrimoine de l'individu à celui de la personne morale alors, l'aspect fonctionnel du patrimoine est mis en évidence. Il s'agit essentiellement pour celle-ci d'isoler une masse de biens pouvant servir à ses propres créanciers mais, aussi et surtout, de constituer le fonds nécessaire à la réalisation des objectifs qui ont présidé à la création de cette personne morale, de cette entreprise. C'est ici d'ailleurs que l'unité du patrimoine prend toute son ampleur. On peut relever que presque tous les contrats de la société participent de sa cohésion patrimoniale. On ne peut concevoir une société qui soit fonctionnelle normalement sans contrat. Pour preuve avant

---

<sup>130</sup> V. art. 529 C. civ.

<sup>131</sup> D'où le fait que toute personne a nécessairement un patrimoine même si elle n'a rien comme fortune et, toute personne n'a qu'un seul patrimoine.

<sup>132</sup> Il s'agit de la théorie qui considère que le patrimoine ne trouve son essence et sa raison d'être que dans la personnalité de son titulaire. Cette théorie a pour pères fondateurs Aubry et Rau.

même sa naissance beaucoup de contrats sont signés à son nom, contrats qu'elle reprendra dès lors qu'elle aura acquis la personnalité juridique. Enlever certains de ces contrats risquerait fort de bouleverser toute l'économie de l'entreprise.

**91. Fonction du patrimoine-** Rappelons que le patrimoine social est constitué de l'ensemble des biens et droits nécessaires au fonctionnement de l'entreprise. En d'autres termes, de l'ensemble des biens immobiliers et mobiliers, corporels et incorporels lui permettant de réaliser son objet social, dès lors que ceux-ci lui sont affectés. Certes, cette idée d'affectation ne se révèle pas au travers de la lettre des dispositions du Code civil de 1804. Mais, pour autant, cela ne signifie nullement que ce même législateur aurait été forcément contre l'idée fonctionnelle ; par ailleurs, aujourd'hui, le patrimoine n'a plus les mêmes fonctions que celles qui lui ont été attribuées en 1804. En plus, il ne faudrait pas avoir du Code civil une lecture aussi restrictive. Ceci parce que le fondement même du patrimoine social, sa cause, c'est de permettre à la personne morale, notamment la société, de satisfaire ses besoins, de réaliser ce pourquoi elle a été créée. Ce qui d'une certaine manière rejoint la théorie fonctionnelle<sup>133</sup>. Et ceci n'est pas expressément défendu. A notre connaissance d'ailleurs, nulle part il n' a été envisagé d'interdire au patrimoine de remplir cette fonction.

Le patrimoine étant caractérisé par la cohésion qu'il établit entre tous les éléments dont il est formé, il est, dès lors, légitime de se demander ce qui adviendrait au cas de disparition du titulaire. Le patrimoine, pour causer son unité, a été considéré comme une émanation de la personne, analyse chère à Aubry et Rau. Son unité n'est donc autre que celle du sujet des droits et des obligations<sup>134</sup>.

**92. Dissolution de la société absorbée ou scindée-** Lorsqu'une personne morale est dissoute, s'impose logiquement la liquidation de son patrimoine<sup>135</sup> par un partage de l'actif réalisé entre ses membres, et ce, après avoir désintéressé les créanciers. C'est la solution qu'exige le droit commun<sup>136</sup> dont on peut se demander si elle est transposable aux cas des fusions et scissions ? Même si la logique juridique veut qu'on y réponde

---

<sup>133</sup> On retrouve d'ailleurs, ce même aspect des choses chez la personne physique. En effet, le patrimoine de celle-ci a pour but essentiel de lui permettre de satisfaire aussi ses besoins.

<sup>134</sup> Il faut dire que nous ne partageons pas totalement cette opinion. Car, si la personne est unique physiquement, elle l'est moins dans ses activités qui sont, par ailleurs, diverses. Une personne peut avoir plusieurs activités sociales, ce qui est plus fréquent lorsqu'il s'agit d'une personne morale.

<sup>135</sup> V. article 1844-3 du code Civil.

<sup>136</sup> En effet conformément à l'article 1844-8, al. 1, la dissolution d'une société entraîne du coup sa liquidation, exclusion faite des cas prévus à l'article 1844-4 et au 3<sup>e</sup> al. De l'article 1844-5.



négativement, il faut dire que pendant longtemps la loi n'a donné aucune réponse satisfaisante. Ce vide juridique a, comme il fallait s'y attendre, entraîne certains auteurs<sup>137</sup> par un raisonnement syllogistique<sup>138</sup> à une conclusion contraire à la vraie nature des fusions. Ils partent du postulat que toute dissolution d'une société entraînant nécessairement sa liquidation ; que la fusion d'une société n'impliquant pas partage de son actif, c'est-à-dire absence de liquidation ; donc, par conséquent, la société absorbée n'est pas dissoute. Pour ces analystes, la dissolution doit supposer au préalable la liquidation, en d'autres termes le partage de l'actif entre les associés et par suite le paiement des dettes.

**93. Absence de liquidation de la société absorbée-** Appliquer ce principe, serait contraire à l'esprit du régime juridique des fusions et des scissions et porteur de graves conséquences sur les opérations de restructuration de grande envergure que constituent celles-ci. Cette situation d'incertitude sur fond de danger qui guette ces opérations a tout naturellement poussé le législateur à modifier<sup>139</sup> les dispositions en la matière, modification exprimée dans l'article 1844-8 du Code civil. Dès lors, il n'y a plus de liquidation de la société qui fusionne ou qui se scinde. Cet article dispose, en effet, que « *la dissolution de la société entraîne sa liquidation, hormis les cas prévus à l'article 1844-4<sup>140</sup> et au troisième alinéa de l'article 1844-5* »<sup>141</sup>. En combinant les articles 1844-4 et 1844-5, alinéa 3, il est permis de constater que les opérations susmentionnées ne comportent pas de liquidation alors même qu'elles entraînent dissolution d'au moins une des sociétés participantes. Ce qui signifie que lorsque survient une opération de fusion ou de scission, le patrimoine des sociétés en cause n'est pas liquidé mais, au contraire, transmis à la ou aux sociétés bénéficiaires de l'apport : c'est la conséquence du principe de transmission universelle de patrimoine qui découle desdites opérations. Si l'on admet, dès lors, que les fusions et les scissions impliquent transmission universelle de patrimoine. Et par conséquent transfert des contrats des sociétés qui disparaissent aux sociétés bénéficiaires étant donné que ceux-ci constituent un des éléments du patrimoine ; la place et l'importance du contrat au sein du patrimoine social restent posées.

---

<sup>137</sup> CHEMINADE Y., *Nature juridique de la fusion de sociétés anonymes*, RTD Com. 1970, p.18.

<sup>138</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>139</sup> Ces modifications ont été apportées par la loi du 5 janvier 1988.

<sup>140</sup> L'article 1844-4 dispose que « *une société, même en liquidation, peut être absorbée par une autre société ou participer à la constitution d'une société nouvelle, par voie de fusion.*

*Elle peut aussi transmettre son patrimoine par voie de scission à des sociétés existantes ou à des sociétés nouvelles* ».

<sup>141</sup> L'alinéa 3 de l'article 1844-5 dispose : « *En cas de dissolution, celle-ci entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique, sans qu'il y ait lieu à liquidation....* ».

## II. Place et importance du contrat dans le patrimoine de la société

**94. Importance du contrat pour l'entreprise-** Le contrat figure parmi les institutions les plus anciennes du droit civil. Rome et la Grèce antique le connaissaient déjà. Il constitue le principal mécanisme juridique au travers duquel les échanges économiques se font et se défont. Sans contrat, il n'y aura pas de relations commerciales et économiques. Aujourd'hui, les échanges, de par leur importance et leur volume, ne se font plus entre particuliers mais, plutôt, entre personnes morales c'est-à-dire entre sociétés commerciales. Et, pour que celles-ci puissent commercer, entreprendre, l'interposition d'un rapport juridique s'impose : c'est le contrat. Celui-ci constitue dès lors l'instrument juridique privilégié pour qui veut entreprendre.

**95. Rôle du contrat-** Le contrat est le mécanisme juridique par excellence entre les acteurs de la vie économique. Il est au cœur de la grande entreprise commerciale ; il est un instrument de développement économique et commercial conçu comme tel pour les besoins de l'entreprise. On comprend dès cet instant l'importance et la place qu'occupe le contrat dans le patrimoine de la société commerciale. Son importance est telle que certains le classent parmi les « *créations les plus utiles et les plus simples de l'humanité* »<sup>142</sup>. L'importance du contrat pour la société se révèle à deux niveaux. Dans le premier, il est évident de constater que c'est grâce au contrat que naît la société. Celle-ci, faut-il le rappeler, est avant tout, un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes décident de mettre en commun leurs biens et leurs énergies pour soit dégager des profits, soit faire des économies. L'origine de la société demeure le contrat<sup>143</sup>. Dans le deuxième niveau qui est, de loin, le plus important et qui, d'ailleurs, retiendra beaucoup plus notre analyse, le contrat constitue l'élément essentiel par lequel vit l'entreprise. Les contrats constituent les « *poumons* » par lesquels respire la société, surtout lorsqu'on sait que l'entreprise n'est autre chose qu'un nœud de contrats<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> J.M. Mousseron, *Technique contractuelle*, 1992, n°1, p.17.

<sup>143</sup> Nous préférons éviter ici la controverse portant sur la nature réelle ou supposée du contrat.

<sup>144</sup> V. DESPAX M., *L'entreprise et le droit*, L.G.D.J., 1957, p. 98.

**96. Place du contrat dans la vie de l'entreprise-** Par ailleurs, pour fonctionner, la société a besoin d'un certain nombre de services, essentiels, sans lesquels elle ne pourra jamais se pérenniser. Il s'agit en l'occurrence de l'électricité, du téléphone, de l'eau, etc. Ces prestations lui sont fournies par le biais de contrats. De même, la société exercera son activité, c'est-à-dire son objet social en nouant des relations d'affaires soit avec des clients, soit avec des partenaires commerciaux et ce grâce à une chose : le contrat. En définitive, il est nécessaire de remarquer que le moindre geste de la société s'exprime en terme de conventions. Celles-ci constituent son épine dorsale, la moue<sup>145</sup> grâce à laquelle elle marche. Le patrimoine de la société se crée et vit par les contrats. Ils représentent, à n'en point douter, ses éléments constitutifs les plus précieux. Les contrats font parties des principaux biens de l'entreprise. Il en est même des hypothèses où le contrat constitue le principal et seul élément du fonds, du patrimoine social. C'est le cas des sociétés de franchise ou d'exploitation de marques. L'activité essentielle et exclusive de telles entreprises est constituée par la franchise qui n'est autre que le contrat passé entre le franchiseur et le franchisé qui permet à celui-ci d'exploiter une certaine marque moyennant une redevance versée à celui-là.

**97. Circulation nécessaire du contrat-** On voit alors combien est précieux le contrat comme élément du patrimoine pour la société. Sachant dès lors son importance dans le patrimoine, la question se pose de savoir ce qui adviendrait aux contrats conclus par une société lorsque celle-ci est fusionnée ou scindée. La réponse est bien sûr qu'ils seront transférés à la société bénéficiaire car, la jurisprudence puis la loi ont déclaré que les fusions et scissions impliquent transmission universelle de patrimoine. Et qui dit transmission universelle, dit transfert de l'ensemble du patrimoine dont les contrats font parties. D'où la nécessité de révéler ce que contient ce principe de transmission universelle.

## **§.2. Teneur de la règle de la transmission universelle de patrimoine**

---

<sup>145</sup> Mousseron op.cit.p.17.

**98.** Il est remarquable de constater, que dès l'origine où le juge<sup>146</sup> avait déterminé que la fusion impliquait transmission universelle de patrimoine, il ne s'est pas donné la peine de déterminer son contenu. En d'autres termes de dire ce que renferme ce principe. Le législateur, non plus, n'a pas jugé utile de le faire<sup>147</sup>. La nécessité s'impose donc d'exposer le contenu de cette règle (**II**). Mais avant, il conviendrait de relater un bref aperçu historique du principe de la transmission universelle (**I**).

### **I. Aperçu historique du principe de transmission universelle de patrimoine**

**99.** Pendant longtemps, il a été difficile, surtout pour la doctrine, de déterminer avec précision la nature juridique véritable de la fusion et de la scission. Il semble que la raison en était que les auteurs se voulaient respectueux de la loi en refusant toute analogie entre le décès d'une personne physique et la dissolution pour cause de fusion ou de scission. La loi et la jurisprudence se sont dès lors mises à briser ces hésitations doctrinales et ce de manière graduelle. Ce qui a abouti à donner à ces opérations la caractéristique qui est la leur aujourd'hui.

Pour la compréhension de la notion de la règle de transmission universelle de patrimoine, voyons ce qu'elle en était avant la loi du 5 janvier 1988 (**A**), puis depuis celle-ci (**B**).

#### **A. Les fusions et les scissions avant la loi du 5 Janvier 1988**

**100. Fusions et scissions : techniques d'apport en nature-** Jusqu'à la loi du 24 juillet 1966, le système juridique français ne comportait pas de règle déterminant et réglementant, d'une manière spécifique, les fusions et scissions de sociétés. Se posa alors la question de savoir de quelle façon fallait-il organiser le fonctionnement de ces opérations. L'ingéniosité des auteurs aboutit à leur organisation de en ayant comme seule référence les principes généraux du droit des sociétés. Et très vite, les fusions et les

---

<sup>146</sup> V. Cass. com., 14 avril 1972, Journ. Soc., 1974.275, note LECOMPTE ; Com., 7 décembre 1966, D. 1968.119, note DALSACE.

<sup>147</sup> Peut-être, pensa-t-il que la compréhension des articles 371 et 372-1, al.1 serait très simple.

scissions furent perçues sous la forme d'un apport en nature du patrimoine de la société qui disparaît à la société absorbante ou nouvelle. Ce qui ne favorisa pas, tout naturellement, la mise en évidence de la nature juridique propre desdites opérations et, au-delà, la spécificité de leurs effets<sup>148</sup>. Les fusions et scissions continuèrent donc d'être considérées, analysées, en des apports en nature<sup>149</sup>. Et cela peut se lire dans la définition même donnée de ces opérations<sup>150</sup>. Il s'agit là de la conception analytique<sup>151</sup>.

**101. Fuions et scissions : techniques de transformation ?-** Ensuite, certains auteurs<sup>152</sup> ont cru voir en ces opérations des causes de transformation et de non de dissolution sans liquidation<sup>153</sup>. Car, pour les tenants de cette analyse, une dissolution doit logiquement entraîner comme conséquence la répartition de l'actif social entre les associés après bien sûr règlement du passif. Fort heureusement, cette thèse n'eut pas d'écho. Car aboutissant à identifier les fusions et scissions à des cas de transformation de sociétés. Celle-ci<sup>154</sup> n'est qu'une modification dans le mode d'exploitation de la société par changement de forme sociale. Transformer une société, c'est lui donner une nouvelle forme juridique tout en maintenant inchangée sa personnalité morale<sup>155</sup>. En revanche, les fusions et scissions constituent, au contraire, des modes de transmission de patrimoine qui, très souvent, se suivent d'une modification substantielle de la structure juridique des sociétés en cause.

**102. Conséquence de la fusion vue un simple apport en nature-** La perception de la fusion en un apport en nature a fait en sorte que, pendant longtemps, la substitution corrélatrice de débiteur qui s'en suivait, ne pouvait suffire à s'imposer aux créanciers de la société dissoute sans l'acceptation expresse de la part de ceux-ci du changement de débiteur. Ils avaient le choix entre accepter soit la nouvelle société ou la société absorbante

---

<sup>148</sup> En effet malgré qu'étant unanimement reconnues comme des opérations entraînant transmission universelle de patrimoine, elle sont demeurées, eu égard à leurs effets, des opérations à titre particulier.

<sup>149</sup> Signalons cependant que la jurisprudence a été très tôt perspicace puisque ayant admis, bien avant, le particularisme des effets des fusions et des scissions.

<sup>150</sup> V. art. 371, al. 2 et 3 de la loi du 24 juillet 1966, rédaction antérieure à la loi du 5 janvier 1988.

<sup>151</sup> Il s'agit de la conception juridique selon laquelle les fusions et scissions se réalisent en deux temps. D'abord, elles se caractériseraient par une dissolution anticipée de la ou des sociétés en cause et, ensuite en un apport en nature du patrimoine de celles-ci.

<sup>152</sup> P. COULOMBEL, « *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé* », thèse, Nancy, 1949, p. 178-181 cité par COQUELET M.-L., op.cit., p. 18.

<sup>153</sup> Par cette analyse, la société bénéficiaire, la société absorbante ou nouvelle, n'apparaît que comme une société transformée et élargie. Et ceci s'expliquerait, semble-t-il, par le fait que la dissolution, dans le cas des fusions et des scissions, n'entraîne pas répartition de l'actif social entre les associés mais, au contraire, ceux-ci, continuent de participer à la nouvelle aventure sociale commune.

<sup>154</sup> « *Transformation, c'est le passage d'une forme à une autre* », « *transformer, c'est rendre quelque chose différent, le faire changer de forme* » : Le Petit Larousse Illustré 2002, p. 1026.

<sup>155</sup> V. GUYON Y., *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 11<sup>e</sup> éd., Economica, 2001, p. 602.

comme débiteur et ce sous le joug d'un nouveau rapport d'obligation, soit ne pas admettre la substitution de débiteur. De fait, ils conservaient alors le droit de se faire payer sur les biens apportés sans subir le concours des créanciers personnels de la société nouvelle ou absorbante. Ce qui peut amener à faire cette constatation pertinente selon laquelle les fusions et les scissions entraînaient transmission réalisant non une confusion juridique mais, plutôt, une confusion matérielle des biens de la société fusionnée ou scindée dans le patrimoine de la société bénéficiaire<sup>156</sup>. Il ne fait pas de doute que c'est pour cela que la conception analytique n'a jamais assuré de protection efficace aux créanciers des sociétés mises en cause. Afin de combler cette lacune, le législateur et la jurisprudence se sont alors efforcés de donner aux fusions et scissions leur nature juridique véritable<sup>157</sup>.

**103. L'affirmation jurisprudentielle de l'autonomie juridique des fusions et scissions de sociétés-** La jurisprudence, comme nous l'avons précédemment dit, fut la première à avoir posé et solutionné le problème de la nature juridique des fusions et des scissions<sup>158</sup>. Elle considéra que ces opérations constituent des procédés de transmission universelle vu qu'elles emportent, de plein droit, substitution de la société bénéficiaire dans les droits et obligations de celle qui disparaît. Partant de l'analogie avec la succession de droit commun, la jurisprudence affirme que la société bénéficiaire ne saurait se décharger du passif alors même qu'elle a recueilli l'actif. Elle serait donc désormais tenue de l'ensemble du passif transmis et ce sur son propre patrimoine.

**104. Fusions et scissions : techniques de transmission universelle-** C'est ainsi que pour la jurisprudence les fusions et scissions en tant que modalités techniques de substitution universelle n'impliquent nullement, pour la transmission des droits et créances, le respect des formalités qu'impose l'article 1690 du Code civil. La société nouvelle ou absorbante étant l'ayant cause universel de la société dissoute est donc, à ce titre, substituée à celle-ci. Il n'est pas non plus nécessaire de respecter quelque formalité que ce soit pour la transmission des dettes, c'est-à-dire des obligations, dès lors que celles-ci n'ont pas fait l'objet d'une exclusion expresse dans la convention de fusion ou de scission. La substitution universelle qu'elle soit passive ou active est, par principe, globale et de plein

---

<sup>156</sup> Coquelet, op. cit., p.22.

<sup>157</sup> En reconnaissant à ces opérations les aspects de procédés de transmission universelle de patrimoine.

<sup>158</sup> Cf. Cass. Civ., 28 janvier 1946, D.1946.168.

droit sans aucune discrimination. D'une manière générale, la doctrine ne conteste pas ce principe de transmission entière de plein droit<sup>159</sup>. Un auteur affirmait à ce propos que lorsqu'il y a fusion, de même lorsqu'il y a scission par voie de conséquence, « *c'est le patrimoine tout entier qui se transmet comme en cas de décès d'une personne physique et non pas les biens sociaux envisagés isolément* »<sup>160</sup>.

## **B. La consécration législative de la nature juridique des fusions et des scissions**

**105. Consécration par le législateur de la nature véritables des fusions et scissions-** A l'instar de la jurisprudence, le législateur reconnut l'identité de nature entre la technique successorale et les fusions et scissions<sup>161</sup>. Ces opérations impliquent la transmission universelle du patrimoine et, donc, corrélativement transfert de l'ensemble du passif et de l'actif de la société qui disparaît au profit de la société bénéficiaire. Cette consécration législative, faut-il le relever, fut tout de même timide. En effet, le principe prétorien selon lequel les fusions entraînent dissolution sans liquidation ne fut pas repris par la loi du 24 juillet 1966<sup>162</sup>. Certes la loi a déterminé les effets qu'entraînent ces opérations mais, n'a rien dit quant au sort de la personnalité morale de la société mise en cause. Pour nombre d'auteurs, ce silence du législateur quant aux conséquences des fusions sur la personnalité morale des sociétés n'a aucune espèce de conséquence<sup>163</sup>, car le principe<sup>164</sup> dégagé par la jurisprudence, en 1946, demeure la règle. Ce qui voudrait dire que la dissolution apparaît comme une condition de la réalisation de la transmission du patrimoine<sup>165</sup>. Par ailleurs, le règle selon laquelle la fusion et la scission entraînent dévolution du patrimoine dans l'état où il se trouve au jour de la réalisation de l'opération, fait obstacle à toute idée de liquidation.

**106. Les textes consacrant la nature juridique des fusions et scissions-** Le législateur, par son intervention, mit ainsi fin aux contradictions et hésitations doctrinales

---

<sup>159</sup> V. GUYON Y., *Droit des affaires*, op. cit., n° 624, p. 669 ; RIPERT G. et . ROBLOT R., *Traité de droit commercial*, t. 1-vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 18è éd., L.G.D.J., 2002, p. 649.

<sup>160</sup> V. GUYON Y., op. Cit., n° 624, p. 669.

<sup>161</sup> V. les articles 371 et 372-1 de l'ancienne loi du 24 juillet 1966 devenus articles L.236-1 et L.236-3 C. soc.

<sup>162</sup> Il s'agit bien évidemment de la L.1966 avant sa modification par la loi du 5 janvier 1988.

<sup>163</sup> Guyon, *Droit des affaires*, T.1, n°633, p.617 ; J. Hémard, F. Terré et P. Mabilat, *Sociétés commerciales*, T.3, n°77 et s.

<sup>164</sup> C'est-à-dire la disparition d'au moins une des sociétés en cause par absorption ou par confusion.

<sup>165</sup> V. art. L. 236-1, al. 1 et 2 et L. 236-3, al.1, C. com.

quant à la nature des fusions et des scissions. Cette intervention du législateur s'est traduite dans deux lois. D'abord par la loi n°78-9 du 4 janvier 1978 qui a modifié le titre IX du Code civil, modification aux termes de laquelle l'article 1844-8 dispose désormais que si la dissolution entraîne obligatoirement liquidation, celle-ci est exclue dans les opérations de fusion et de scission. Ensuite, la deuxième intervention législative fut la loi du 5 janvier 1988. Cette loi ajouta un nouvel article 372-1<sup>166</sup> à la loi du 24 juillet 1966<sup>167</sup> aux termes duquel les fusions et scissions entraînent dissolution sans liquidation des sociétés mises en cause. En définitive, aujourd'hui, la nature juridique des fusions et scissions est clairement définie. Celles-ci constituent des modalités de transmission universelle du patrimoine. Rappelons que c'est la transposition dans la législation française des dispositions de la troisième directive européenne sur les fusions<sup>168</sup>, notamment les articles 3.1 et 19.1.

## **II. Contenu de la règle de transmission universelle de patrimoine**

**107.** Dire que les fusions et les scissions impliquent transmission universelle de patrimoine mérite d'être éclairci. Que renferme exactement cette notion ? D'où l'intérêt d'exposer le principe (A) même avant de déterminer ses conséquences pratiques et juridiques (B).

### **A. Exposé du principe de transmission universelle de patrimoine**

**108. Fondement légal de la transmission universelle-** Figurant parmi l'une des conséquences juridiques du régime des fusions et des scissions, la règle ci-dessus repose sur deux dispositions. La première est l'article 1844-4, alinéa 2 du Code civil dont les termes sont : « *Elle (c'est-à-dire une société) peut aussi transmettre son patrimoine par voie de scission à des sociétés existantes ou à des sociétés nouvelles* ». La deuxième disposition servant de fondement au principe de substitution universelle est l'article L.236-3, alinéa 1 du Code de commerce<sup>169</sup>. Aux termes de cette disposition, les fusions et

---

<sup>166</sup> Article 372-1 L.1966 « *la fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine(....)* » qui est devenu aujourd'hui l'art. L. 236-3 du C. com.

<sup>167</sup> Il s'agit de l'actuel article L.236-3 du C. soc.

<sup>168</sup> V. Troisième directive n° 78/885/CEE du 9 octobre 1978.

<sup>169</sup> C'est-à-dire l'article 372-1 de l'ancienne loi de 1966.



scissions opèrent « *transmission universelle de patrimoine* ». Le principe de la transmission universelle constitue donc bien l'un des mécanismes essentiels, sinon le plus important, du régime juridique des fusions et des scissions.

**109. Sens de la transmission universelle-** Conséquence essentielle du régime des fusions et scissions, la transmission universelle de patrimoine suppose, à notre sens, deux choses. D'abord, elle suppose que l'ensemble de l'actif de la personne morale qui disparaît soit transféré au bénéficiaire<sup>170</sup> ; elle suppose, ensuite, transmission de l'ensemble du passif, c'est-à-dire de l'ensemble des dettes<sup>171</sup>, y compris contractuelles. La substitution étant universelle, la société bénéficiaire sera tenue autant des dettes déterminées par le traité de fusion que de celles omises. La transmission de l'ensemble de l'actif se traduit en un transfert de tous les biens et droits de la société disparue au profit de la société bénéficiaire et ce de plein droit. La transmission universelle du patrimoine de la société fusionnée ou scindée à la société absorbante ou nouvelle, signifie que celle-ci reprend à son compte, comme s'ils étaient les siens, les actifs, les passifs, les droits et les obligations de la société disparue. Autrement dit, elle se substitue dissoute sans liquidation, dans les droits et obligations, contractuels ou non. Rappelons que le patrimoine se compose avant tout d'un actif, qui comprend l'ensemble des biens et droits, et du passif de son titulaire. Et le patrimoine, on le sait, constitue une universalité juridique<sup>172</sup>, universalité qui crée un lien étroit entre tous les éléments composant le patrimoine, en d'autres termes entre l'actif et le passif. De ce fait, le passif devenant indissolublement lié à l'actif<sup>173</sup>, on comprend dès lors que celui-là soit transmis en même temps que celui-ci. Corrélativement donc à l'actif, l'ensemble du passif de la société fusionnée ou scindée est aussi transmis, de plein droit, à la société issue desdites opérations. Pareille transmission entraîne un éventail de conséquences juridiques et pratiques.

---

<sup>170</sup> Bénéficiaire qui peut être soit la société absorbante, soit la société nouvelle constituée à cet effet.

<sup>171</sup> En effet du fait de la fusion, la société bénéficiaire en même temps qu'elle recueille l'actif, se trouve également tenue de l'ensemble des obligations, non réservées lors de cette fusion : V. Com.13 février 1963, Bull. civ.3, n°104 ; Com.7 décembre 1966, D.1968.118 ; Com.7 mars 1972, J.C.P.1972, II, 17270.

<sup>172</sup> L'universalité de droit est définie comme « *l'ensemble d'éléments composés de droits et d'obligations et qui sont soumis à un système juridique global, en ce sens que l'actif et le passif sont indissolublement liés.* » : Lexique des termes juridiques, 13<sup>e</sup> éd. Dalloz 2001, p.562.

<sup>173</sup> Certains auteurs tel que Frédérique COHET-CORDEY, pensent qu'il n'y a pas de lien entre les biens et les obligations, c'est-à-dire que le passif n'est pas lié à l'actif.

## **B. Conséquences juridiques et pratiques du principe de la transmission universelle de patrimoine**

**110. Traduction de la transmission universelle-** Affirmer que les fusions et les scissions entraînent transmission universelle de patrimoine a pour conséquence pratique non négligeable d'éliminer toutes les entraves à la transmission des éléments d'actif et de passif dont notamment les contrats. La transmission universelle se défie foncièrement, par principe, de toute transmission isolée et spécifique. Elle se défie, aussi, de l'autorité et du pouvoir de tout particularisme juridique. Le régime juridique des fusions et des scissions rejette ainsi, par principe, tout pouvoir absolu d'une transmission juridique spécifique.

**111. Mise à l'écart des formalités de la cession-** Aussi, n'est-il pas besoin d'observer les dispositions spécifiques prévues pour la transmission de tel ou tel bien ou droit<sup>174</sup>. C'est la raison pour laquelle d'ailleurs il est admis et reconnu<sup>175</sup> que les opérations susmentionnées emportent transmission des créances sans qu'il y ait lieu à un quelconque respect des dispositions de l'article 1690 du Code civil<sup>176</sup>. La Cour de cassation a ainsi affirmé qu'il manquait de base légale à un arrêt d'une cour d'appel ayant déclaré irrecevable la demande en paiement forcé contre le débiteur par le cessionnaire de la créance dont la cession s'est réalisée au moyen d'une fusion par apports de tous les biens de la société absorbée à celle absorbante, sous prétexte qu'il s'agissait d'un transfert auquel l'article<sup>177</sup> 1690 du Code civil était applicable. Le même principe a pu également être appliqué à la transmission de titres négociables. Il a été jugé<sup>178</sup> qu'il n'était pas nécessaire que les titres figurant à l'actif de la société absorbée soient endossés au profit de la société bénéficiaire, en l'occurrence la société absorbante ; ceci parce que la société bénéficiaire dispose de la qualité de porteur légitime en raison de la transmission universelle de l'actif. On peut aussi noter l'exemple de la transmission du bail commercial ; la clause exigeant l'agrément du bénéficiaire par le propriétaire est battue en brèche dès lors qu'il s'agit des fusions et des scission tant par la jurisprudence<sup>179</sup> que par le législateur lui-même<sup>180</sup>.

---

<sup>174</sup> Ceci parce que la transmission est, avant tout, universelle. Il y a aussi le fait que les fusions et scissions comportent de mesures de publicité efficaces et opposables.

<sup>175</sup> V. Civ.1<sup>re</sup>, 7 mars 1972, J.C.P.1972, II, 17270, note GUYON ; RTD com.1972, 654, obs. HOUIN.

<sup>176</sup> En l'occurrence, il ne sera pas nécessaire qu'il y ait acceptation du cédé ou de procéder à la signification de la cession par acte notarié.

<sup>177</sup> V. Civ.1<sup>re</sup>, op. cit.

<sup>178</sup> Com., 4 mai 1981, D.1982, IR, 171, obs. CABRILLAC.

<sup>179</sup> Paris, 16<sup>e</sup> ch., 19 avril 1976 : Rev. des sociétés, 1977, 70, note GUYON.

<sup>180</sup> L'article 35-1, al.3 du décret 30 septembre 1953.

Les opérations de fusion et de scission, comme on peut le remarquer, rendent la société bénéficiaire successeur aux biens de la société qui disparaît<sup>181</sup>. La transmission qui en résulte ne peut être considérée comme isolée et se voit du coup écarter toute application de règles particulières du fait de l'universalité de cette transmission. Ainsi, par exemple, en cas de transfert d'un fonds de commerce consécutif à une opération de fusion ou de scission, les mesures de publicité spécifiques à ces opérations<sup>182</sup> dispensent de procéder à celles requises en cas d'apport de fonds de commerce<sup>183</sup>.

**112. Transmission du passif contractuel-** La transmission universelle de patrimoine a, par ailleurs, réglé le sort du passif contractuel de la société absorbée. Car, à l'origine, il existait des hésitations quant à sa transmissibilité, en cas de fusion et scission. La question est depuis résolue. La transmission étant universelle, elle implique transfert tant de l'actif que du passif sans donner lieu, par principe, au respect de quelle que formalité que ce soit<sup>184</sup>. La qualité d'ayant cause à titre universel de la société bénéficiaire lui impose d'assumer le passif corrélatif à l'actif recueilli. Cette solution constitue l'essence même du principe de la transmission universelle de patrimoine. Cette continuité passive s'opère sans qu'elle emporte novation à l'égard des créanciers<sup>185</sup>. En pratique, cette solution trouve nombre d'applications. C'est notamment l'hypothèse de l'obligation de non-concurrence transmise de plein droit de la société dissoute sans liquidation à la société nouvelle ou absorbante<sup>186</sup>. La même solution a pu être retenue s'agissant de la charge des obligations souscrites à l'égard des organismes de prévoyance sociale<sup>187</sup>. Dans ces conditions, l'opération qui consiste en une cession d'actif immobilier à une autre société, accompagnée du paiement des dettes sociales et du remboursement des apports aux actionnaires ne saurait être une opération de fusion ou de scission<sup>188</sup>.

---

<sup>181</sup> V. JEANTIN M., *La transmission universelle du patrimoine d'une société* in *Études DÉRRUPE*, Paris, 1991, p. 287 ; COQUELET M.-L., *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, thèse Nanterre, 1994, p. 27.

<sup>182</sup> La cour d'appel a en effet dans un affaire jugé que le régime de la fusion rend irrecevable l'application des règles spécifiques à la cession de fonds de commerce sans distinction aucune au sein de ces règles : Paris, 25<sup>e</sup> ch. B, 10 avril 1986, Rev. sociétés 1986, 428, note J.-J. DAIGRE ; Bull. Joly 1986, 691.

<sup>183</sup> V. art. L. 141-21 C. com.

<sup>184</sup> Soc. 29 avril 1980, Bull. Joly, 1980, 613 ; Com. 5 mars 1991, Bull. Joly, 1991, 500, note JEANTIN.

<sup>185</sup> Cf. art. L. 236-14, al.1 C. soc.

<sup>186</sup> Com., 13 février 1963, Bull. civ. III, n° 87.

<sup>187</sup> Paris, 11 juin 1969, D.1969, 611 ; on peut aussi citer, à ce propos, l'hypothèse où il a été jugé que la société absorbante devait supporter, à la suite d'une fusion, toutes les conséquences, mises à la charge de la société absorbée, d'un accident de travail survenu à l'un des salariés : Soc., 29 avril 1980, J.C.P.1980, IV, 263 ; Bull. Joly 1980, 613.

<sup>188</sup> Com., 3 novembre 1975, Bull. civ. IV, n°248.

**113.** Le caractère universel de la transmission qu'affirme fermement le législateur<sup>189</sup> fait que celle-ci emporte continuation de l'ensemble du patrimoine de la société absorbée ou scindée. En effet, le principal effet des fusions et scissions étant la transmission de l'ensemble du patrimoine de la société qui disparaît, dans l'état où il se trouve au jour desdites opérations, suppose, logiquement, le transfert de plein droit de tous les biens, dont les contrats, de la société dissoute sans liquidation au profit de la société bénéficiaire. Le sens de la transmission universelle étant d'emporter le transfert global et automatique du patrimoine de la société absorbée, reste à déterminer ce qui la fonde.

## **SECTION II DU FONDEMENT DE LA RÈGLE DE LA TRANSMISSION UNIVERSELLE DE PATRIMOINE**

**114. Les deux fondements classiques du principe de la transmission universelle de patrimoine-** Deux arguments sont généralement avancés pour expliquer le fondement de la transmission universelle et, donc la règle de continuation des contrats dans les opérations de fusions et de scissions. Le premier serait le principe de continuation de la personne de l'entité dissoute calqué sur celui de la personne physique (§.1). Le deuxième argument est, lui, constitué par le principe de continuation de l'entreprise transférée (§.2). Il est donc nécessaire de préciser le contenu et la signification de ces deux règles qui fondent autant la règle de la transmission universelle du patrimoine que celle de la continuation des contrats, étant entendu que la seconde est une résultante de la première.

### **§.1. La continuation des contrats en droit des fusions et scissions et le principe de la continuation de l'entité dissoute**

**115. Précisions préliminaires-** Si la mort implique, en principe, transmission du patrimoine et non pas de biens et de droits pris isolément, c'est précisément parce qu'elle met fin à la personnalité même de son titulaire. Le *de cuius*, du fait que sa personnalité, support du patrimoine, n'existe plus, celui-ci est alors transmis à son ou ses héritiers. On dit, dans une formule célèbre, qui est devenue classique, que le successeur « *continue* » la personne du défunt. Ainsi, parce qu'il succède à la personnalité du défunt, il succède du

---

<sup>189</sup> V. art. L. 236-3 préc.

même coup à l'ensemble de ses actif et passif, ceux-ci étant des attributs fondamentaux attachés à celle-là. C'est cette formule qui est transposée aux personnes morales dont notamment, dans le cas d'espèce, aux sociétés commerciales. Celles-ci en tant que sujets de droit, la question de la transmission de leur patrimoine s'est posée en cas de survenance de leur dissolution. En d'autres termes lorsqu'une personne morale « *meurt* », à l'instar d'une personne physique, que deviendrait son patrimoine lorsqu'on décide de ne pas liquider celui-ci ? Dans le silence de la loi, on fit alors recours à la technique successorale de la continuation de la personne du défunt. Aussi, comme dans le cadre des personnes physiques, la « *personne* » juridique de la personne morale dissoute peut être continuée par une autre personne morale qui recueille alors son patrimoine. A la lumière de ce qui précède, il apparaît utile de préciser, d'abord, l'application du principe de « *continuation de la personne du défunt* » aux personnes physiques (I) avant l'examen de son application aux personnes morales (II).

## **I. Le principe de la continuation de la personne en droit des successions**

**116. Remarques préalables-** L'origine du principe de la continuation de la personne du défunt par le successeur est très ancienne. Elle remonte à l'ancien droit romain<sup>190</sup>. Ce principe a été mis en place dans le but essentiel d'assurer la pérennité de la personne du défunt, considérée comme sacrée, et ce, par l'intermédiaire de son patrimoine. A ce titre tous les héritiers furent considérés comme représentants du *de cuius* exclusion faite des légataires particuliers.

**117.** Le droit coutumier français ne connaissait pas cette règle de la continuation de la personne du défunt. Aussi, l'emprunta-t-il au droit romain<sup>191</sup>. Contrairement à celui-ci, le droit coutumier ne considérait comme continueurs de la personne du défunt que les seuls héritiers *ab intestat*. On pensa alors que le législateur interviendra pour préciser les contours et la teneur de ce principe mais, il n'en fut rien. En effet, les rédacteurs du Code civil n'ont fait que reprendre ce principe sans en préciser ses effets. Ce fut donc la

---

<sup>190</sup> V. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, Successions et Libéralités, tome IV, 2<sup>e</sup> vol., 5<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1999, p.459.

<sup>191</sup> C'était au début du 14<sup>e</sup> siècle.

jurisprudence qui a donné à ce principe tout sa portée au travers d'un arrêt célèbre<sup>192</sup>. Il convient, dès lors, de s'attarder sur l'historique de ce principe (A) puis, nous aborderons sa valeur et ses conséquences (B).

## **A. Aperçu historique du principe de continuation de la personne du défunt**

**118. Première conception du principe de la continuation de la personne-** Le principe de continuation de la personne, comme nous l'avons déjà relevé, trouve son origine dans le très ancien droit romain et la copropriété familiale<sup>193</sup>. Dans ce droit, l'héritier n'était pas qu'un simple successeur, il était titulaire d'un droit qualifié de droit de copropriété latent. Ainsi, la rentrée en possession de l'*heres* des droits du *pater familias* n'est qu'une simple confirmation par le décès de celui-ci. On comprend dès lors l'importance de l'utilisation, à l'époque, de l'expression *heredes sui*, c'est-à-dire héritiers d'eux-mêmes. En effet, cette expression traduit d'elle-même et ce de manière révélatrice la conception primitive de la succession<sup>194</sup>.

**119. Consécration du véritable rôle du principe de la continuation de la personne-** Mais, la copropriété ne dura pas très longtemps. Sa disparition consommée, il fallut trouver autre chose pour justifier la situation de l'*heres*. C'est alors qu'on fit appel à la notion de continuation de la personne du défunt par l'héritier, notion à laquelle invitait la pérennité du défunt. Dorénavant, tout héritier sera considéré comme continuant la personne du défunt. D'où l'adage : « *nostris videtur legibus unam esse personam heredis et ejus qui in eum transmittit hereditatem.* » Cette notion de continuation permet, à cette époque, de solutionner une question d'importance considérable, celle de la transmission à cause de mort des obligations. L'attrait de ce principe permit également son extension aux légataires universels<sup>195</sup>.

**120. Reconnaissance effective du principe de la continuation de la personne-** L'institution de l'héritier « *nécessaire* » n'était pas connue de l'ancien droit coutumier

---

<sup>192</sup> V. Civ.13 août 1851, S.1851.1.657 ; D.1851.1.281 cité par H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, op. cit., p.472.

<sup>193</sup> H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, op. cit., n°1204, p.461.

<sup>194</sup> Conception selon laquelle l'héritier ne reçoit pas, ne recueille pas, ne fait pas *aditio*, c'est la *domus* qui se perpétue en lui.

<sup>195</sup> Car au début les légataires n'étaient que des successeurs aux biens traités comme des acquéreurs particuliers, n'ayant aucune obligation au passif successoral.

pour qui « *ne se porte héritier qui ne veut* »<sup>196</sup>. Mais le développement du droit romain aidant, le principe de la continuation de la personne du défunt gagna de plus en plus de terrain avec son corollaire, l'obligation indéfinie aux dettes « *ultra vires* ». On peut à ce propos citer l'excellente analyse de Pothier à propos de la relation qui existe entre l'obligation indéfinie aux dettes et la continuation de la personne du défunt. Pour cet analyste, l'héritier n'est pas tenu des dettes, comme d'une charge des biens auxquels il succède, mais il en est tenu comme successeur, non pas seulement des biens, **mais de la personne même du défunt**, c'est-à-dire de tous ses droits personnels actifs et passifs, et par conséquent de toutes ses dettes, même au-delà de la valeur de ses biens<sup>197</sup>. Tout héritier, à moins qu'il ne soit roi ou seigneur<sup>198</sup>, continue donc la personne du défunt.

**121. De la portée du principe de la continuation de la personne-** Il faut préciser que le Code civil a préféré le principe de la continuation de la personne du défunt. En adoptant ce principe, les rédacteurs du code ont omis, tant dans les travaux préparatoires que dans le texte définitif, de déterminer sa portée et sa valeur alors qu'ils faisaient du successeur l'image ou le représentant du défunt. C'est finalement la jurisprudence, par un arrêt de la Cour de cassation du 13 août 1851, qui donna audit principe toute sa portée.

## **B. Valeur et conséquences de la règle de la continuation de la personne du défunt**

**122. Importance du principe de la continuation de la personne-** L'un des aspects essentiels de ce principe c'est de permettre une certaine confusion de droit des deux patrimoines, ceux *du de cujus* et du successeur. La personnalité s'éteignant par le décès, la transmission globale du patrimoine peut tout de même s'opérer. Toutefois, la personne servant d'élément fédérateur des composants du patrimoine ayant disparu, l'unité entre droits et obligations ne s'explique plus. Les concepteurs de la théorie classique ont alors eu recours à la fiction de la continuation de la personne du défunt par son héritier. Ce qui implique comme conséquence l'obligation indéfinie de l'héritier aux dettes du défunt. Il en est ainsi parce que les dettes du défunt sont aussi les siennes<sup>199</sup>. Il est intéressant de

---

<sup>196</sup> Contrairement au droit romain l'ancien droit coutumier ne connaissait que l'héritier volontaire.

<sup>197</sup> Pothier cité par H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, op. cit., n° 1204, p.463.

<sup>198</sup> H. et L. MAZEAUD, op. Cit., n° 1204, p.463.

<sup>199</sup> C'est le reproche que fait à ce principe ses adversaires. Pour ceux-ci il est intolérable et injuste que l'héritier soit tenu aux dettes *ultra vires*, dettes dont il n'est pourtant pas responsable.

relever que malgré les critiques dont il a fait l'objet<sup>200</sup>, ce principe est toujours d'actualité en ce sens qu'il garde encore une certaine valeur. Et la pratique révèle que ce principe explique mieux que n'importe quel autre règle la transmissibilité des dettes du *de cuius* au successeur. On peut d'ailleurs affirmer qu'aujourd'hui ces critiques n'ont pas grande valeur eu égard aux correctifs<sup>201</sup> apportés audit principe.

**123. Implications du principe de la continuation de la personne-** Le principe romain de la continuation de la personne en créant la cohésion familiale, fait de l'héritier le représentant du défunt. Et en tant que tel celui-là continue la personnalité de celui-ci. Et la condition, c'est que le successeur doit recevoir l'universalité ou une quote-part de la succession. Certains auteurs ont cru pouvoir ajouter à cela une condition supplémentaire. Selon eux les héritiers qui continueraient la personne du défunt sont ceux qui, en plus de la réception de l'universalité ou d'une quote-part de celle-ci, bénéficient aussi de la saisine. En d'autres termes il s'agirait uniquement des héritiers *stricto sensu* et les légataires universels lorsqu'il n'y a pas d'héritiers réservataires. Mais les rédacteurs du Code civil ne les ont pas suivis. Ce qui autorise de dire qu'en définitive continue la personne du *de cuius* tout successeur universel ou à titre universel.

**124. Confusion des patrimoines de l'héritier et du *de cuius*-** Il est intéressant de relever que l'héritier continuateur de la personne du défunt est ainsi placé dans la même situation que celui-ci ; il n'existe plus de cloisonnements juridiques entre son patrimoine et celui de son auteur. La disparition de ces cloisons entraîne du coup confusion des dettes et créances tant du défunt que de l'héritier. Celui-ci devient ainsi titulaire des droits réels et créances du *de cuius*. Il est par ailleurs tenu *ultra vires* de ses dettes, legs et charges puisque continuer la personne du défunt, c'est pour le successeur, assumer personnellement les obligations du mort sans aucune modification.

**125. L'héritier, continuateur du défunt-** L'héritier continuateur se substitue donc au défunt dans tous ses liens de droit. Ceci permet aux tiers de ne pas souffrir de la disparition d'un sujet de droit. Le successeur constitue le représentant de droit du *de cuius* car, la règle de la continuation de la personne autorise la substitution d'une personne à une

<sup>200</sup> Il lui est aussi reproché de mettre en péril tant les intérêts des créanciers du défunt que ceux du successeur. Il en est ainsi dans le premier cas lorsque l'héritier est insolvable et, dans le second, lorsque le passif du défunt est supérieur à son actif.

<sup>201</sup> Nous voudrions évoquer ici le cas du bénéfice d'inventaire instauré en vue de protéger l'héritier ; mais aussi le principe de la séparation des patrimoines qui protège les créanciers du défunt en leur évitant le concours des créanciers de l'héritier.



autre dans ses rapports juridiques. A ce titre le successeur sera tenu comme si lui-même s'était engagé personnellement dans les rapports de droit contenus dans le patrimoine qu'il reçoit. La substitution qui s'opère fait que l'héritier n'apparaît pas comme un tiers à l'égard des actes juridiques accomplis par le de cujus. Ceux-ci sont censé avoir été accomplis par le successeur et ce avec les mêmes modalités, les mêmes conditions d'exécution. Il en résulte que cette confusion de personnalités crée une certaine confusion de patrimoine, l'héritier prenant personnellement la place de son auteur. L'on sait que l'élément fédérateur des composants du patrimoine : c'est la personne même du titulaire de celui-ci. Or, il se trouve qu'à sa mort cet élément est anéanti, brisé. Le sujet de droit disparu, l'unité entre ses droits et ses obligations ne s'applique plus en principe. En effet, le facteur de cohésion des éléments constituant le patrimoine une fois disparu, logiquement l'unité du patrimoine ne se justifie plus. Les créanciers ne peuvent dès lors se faire payer puisque leur gage a disparu. Par ailleurs, il serait économiquement fâcheux que chaque fois qu'un sujet de droit meurt, que cela mette en péril les nombreux rapports juridiques et économiques qu'il a conclus. La nécessité impose donc d'éviter que la disparition du sujet de droit perturbe les échanges économiques entre particuliers<sup>202</sup>. L'équilibre de la vie sociale exige, d'une part, que les relations juridiques ne disparaissent pas par le fait que constitue le décès de la personne ; d'autre part, ce même équilibre impose que ces rapports de droit puissent continuer de la même manière qu'ils avaient été noués. En effet, si la mort d'une personne devrait à tout moment constituer une cause de rupture des relations de droit, on comprend bien combien sera grande l'insécurité<sup>203</sup> et fragile le commerce entre les individus. Il y a donc une certaine urgence, un besoin évident à la survie tant des droits que des obligations de la personne qui disparaît. Et c'est pour répondre à ce besoin légitime de survie que le principe de la continuation fut créé. Celui-ci en tant que règle de base exprime que tout successeur est continuateur dès lors qu'il recueille la totalité ou une partie de la succession. Demolombe ne disait-il pas que patrimoine et personne étant indissolublement liés, celui qui succède à l'un succède nécessairement à l'autre<sup>204</sup>.

**126. L'essence du principe de la continuation de la personne du défunt-** La conséquence essentielle de ce principe de continuation est que le successeur continuateur se trouve de droit dans la même situation que le de cujus à l'égard des tiers. Ce qui

---

<sup>202</sup> CLAUX J.-P., *La continuation de la personne du défunt par l'héritier*, thèse, 1969, Paris, p.71, n°57.

<sup>203</sup> Surtout lorsqu'on sait que la sécurité constitue un des objectifs visés par le droit.

<sup>204</sup> Cf. FLOUR J. et SOULEAU H., *Les successions*, n°250, p.160.

implique qu'à son décès, le de cujus se trouve substitué dans ses rapports juridiques par l'héritier. D'après Aubry et Rau, l'héritier en se substituant au défunt révèle qu'il est le représentant juridique de celui-ci. Ce qui évite alors aux tiers de ne pas souffrir de la disparition du sujet de droit. Les droits et les obligations transmis ne sont en rien modifiés. Le changement du titulaire du rapport de droit ne transforme pas l'obligation, pas plus d'ailleurs que le titulaire dans la possession ne modifie pas la nature de la possession. L'héritier n'apparaît donc pas comme un étranger aux relations de droit créées par son auteur. Les actes du de cujus sont considérés comme ayant été passés par l'héritier lui-même, avec les mêmes modalités<sup>205</sup>.

**127. L'intérêt pratique du principe de la continuation de la personne-** En consacrant la règle de l'héritier continueur de la personne du défunt, fut consacrée du même coup la substitution d'une personne par une autre dans ses rapports juridiques. C'est ce principe qui fut transposé aux personnes morales. Ceci étant, nous tenterons de voir, par cette transposition, si le principe de la continuation produit ici les mêmes effets. En l'occurrence s'il permet à la société bénéficiaire issue de la fusion ou de la scission de se substituer de droit, comme c'est le cas en droit de successions, dans les relations contractuelles créées par la ou les sociétés qui disparaissent. En d'autres termes il s'agira de se demander si le principe de la continuation de la personne remplit la même fonction en droit des sociétés commerciales qu'en droit des successions.

## **II. Le principe de la continuation de la personne et le droit des sociétés commerciales**

**128. De quelques précisions-** Il est évident que pour apprécier la transposition du principe de la continuation de droit commun aux sociétés commerciales, encore faudra-t-il comprendre le sens de ce fameux principe appliqué aux personnes morales. La question mérite d'être posée car on comprend bien que ce principe était, à l'origine, créé pour les personnes physiques. La formulation de la règle qu'il contient était donc faite pour la succession en droit civil. C'est pourquoi, pour bien comprendre ce principe et son sens dans la situation des personnes morales, notamment dans l'hypothèse des fusions et scissions des sociétés commerciales, deux points nécessitent d'être analysés. Le premier, c'est de faire un exposé de ce principe appliqué aux personnes morales (A) et, le deuxième

---

<sup>205</sup> V. J.-P. CLAUX., op. cit., p.19.

point, consiste à examiner les conséquences qu'il produit dans la situation objet de notre étude (**B**). Pour la commodité de l'analyse nous préférons, pour le cas des sociétés commerciales, l'expression de « *continuation de l'entité dissoute* » à celle « *continuation de la personne défunt* ».

## A. Exposé du principe de la continuation de l'entité dissoute

**129. Questionnement-** Le droit commun des successions reconnaît à l'ayant cause universel ou à titre universel le principe de se substituer sans novation dans les droits et obligations de son auteur. Et ceci parce qu'il est censé continuer fictivement la personnalité juridique de celui-ci. Autrement dit, l'ayant cause universel prend la place de son auteur, le défunt et ce, sans discontinuité, dans ses droits et obligations. D'où la question : ce principe appliqué aux sociétés commerciales, en cas de fusions et scissions, produira-t-il les mêmes effets qu'en droit des successions ?

L'application du principe de la continuation de la personne au droit des sociétés vient du fait, pourrions-nous dire, de la nécessité de pouvoir transmettre le patrimoine de la personne morale. En effet, pour des motifs économiques, le désir était devenu impérieux de vouloir concentrer plusieurs sociétés en une plus grande, ou, au contraire, de faire éclater une société immense en plusieurs autres plus petites et plus facilement gérables. Or, le droit des sociétés n'offrait pas de solution adéquate et satisfaisante répondant à ce besoin de transmission. La situation étant que dès lors qu'une société était dissoute, elle est aussitôt mise en liquidation. Et l'examen des dispositions du Code civil nous révèle expressément cela<sup>206</sup>. Ce qui constitue, à n'en point douter, un obstacle énorme à toute volonté de transmission. D'où le recours aux techniques du droit des successions<sup>207</sup>.

**130. Transposition aux personnes morales du principe de la continuation de la personne-** Les sociétés commerciales personnes morales, au même titre que les personnes physiques, sont dotées de la personnalité juridique. A ce titre, elles disposent aussi d'un patrimoine. On a donc pensé que, comme chez la personne physique, la personnalité de la personne morale peut être continuée même après sa disparition. En application de ce principe aux sociétés commerciales, et notamment en cas de fusions et de scissions, on a pu déduire que la société bénéficiaire de l'apport continue fictivement la personnalité

---

<sup>206</sup> Il faut savoir que l'article 1844-8 du Code civil, à l'origine, disposait que : « *La dissolution de la société entraîne sa liquidation (...)* »

<sup>207</sup> En effet, prenant conscience du danger que constitue l'article 1844-8 tel qu'il est pour le développement et la transmission de l'entreprise, le législateur décida, dès lors, de lever cet obstacle. Ce qui l'amena à ajouter audit article, au travers de la loi du 5 janvier 1988, la phrase suivante : « ... *hormis les cas prévus ( c'est-à-dire que la liquidation est exclue en cas de fusion et de scission) à l'article 1844-4 (...)* ». Quant à la loi n°81-1162 du 30 décembre 1981 ajouta au même article 1844-8 une deuxième exception au principe selon lequel la dissolution d'une société entraîne sa liquidation. Il s'agit de l'hypothèse de la réunion de toutes les parts sociales en une seule main. Il faut relever que depuis la loi NRE 2001, cette disposition de la loi de 1981 n'est application qu'au seul cas où l'associé unique est une personne morale.

juridique de la ou des sociétés dissoutes pour ne pas dire « *mortes* »<sup>208</sup>. Par principe, il est reconnu que les fusions et les scissions entraînent dissolution<sup>209</sup> sans liquidation des sociétés en cause. Elles impliquent, par ailleurs, transmission de leur patrimoine à la société bénéficiaire, c'est-à-dire à la société absorbante ou nouvelle créée à cet effet. La société qui reçoit ainsi le patrimoine de la société qui disparaît, se trouve dès lors être dans la même situation juridique que celle-ci. Ceci n'est pas surprenant étant donné que la société bénéficiaire constitue l'ayant cause universel à l'image de l'héritier qu'on retrouve en droit commun. Elle est donc saisie de plein droit de l'ensemble des dettes et droits du « *de cuius personne morale* ».

**131. Du principe de la continuation de l'entité dissoute-** Ainsi, le principe de la continuation de l'entité dissoute, l'autre forme du principe appliqué aux personnes physiques, fait que les sociétés héritières, résultant des fusions ou des scissions, se substituent aux sociétés qui disparaissent dans toutes leurs relations contractuelles. Telle est la solution généralement admise puisqu'elles sont supposées continuer fictivement la personnalité de celles-ci. Les sociétés fusionnées ou scindées malgré qu'elles n'existent plus en tant qu'acteurs officiels, sont supposées continuer de vivre à travers la personnalité juridique des sociétés qui reçoivent les apports de patrimoine. Certes elles n'ont plus d'individualité juridique reconnue, mais pour autant elles survivent par l'intermédiaire des sociétés bénéficiaires. C'est pourquoi, certains affirment que les sociétés qui disparaissent à l'issue d'une fusion ou d'une scission, ne sont pas dissoutes mais, au contraire, sont transformées<sup>210</sup>. Aux termes de leur analyse, pour ces auteurs, la société absorbante ne serait que la société absorbée, transformée et élargie ; quant à la société nouvelle, elle serait en quelque sorte, le produit résultant de la transformation des sociétés qui disparaissent en une autre.

La transposition du principe de la continuation de la personne de droit commun au droit des sociétés même si elles est contestée par certains auteurs<sup>211</sup> en tant que principe

---

<sup>208</sup> V. M.-L. COQUELET, *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, Thèse op. cit., p. 30 et s.

<sup>209</sup> La dissolution ici équivaldrait au décès de la personne physique.

<sup>210</sup> Cf. P. Coulombel, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Thèse, Nancy, 1949, p.178-181 ; Rousseau, note sous Cass. Req. : 4 juillet 1934, S. 1934, 1, p.239 cité COQUELET op.cit.

<sup>211</sup> Dans cette optique V. WAREMBOURG-AUQUE F., « *La succession aux biens des personnes morales de droit privé* », th. Dactyl., Lille, 1977 ; CHAMPAUD Cl., RTD com., 1967.527 ; ROUTIER R., *Les fusions des sociétés commerciales, prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements*, LGDJ, 1994.

explicatif de la transmission universelle pour cause de fusion ou de scission, n'est pas tout de même sans produire des effets.

## **B. Les conséquences du principe de la continuation de la personne de l'entité dissoute**

**132. Principe de continuation des contrats-** La société bénéficiaire de l'apport du patrimoine lorsqu'il y a fusion et scission, en tant qu'elle continue la personne de la société dissoute sans liquidation permet, dès lors, de comprendre qu'elle reprend à son compte les rapports juridiques figurant dans le patrimoine de la société disparue. Nous avons noté que du fait de ce principe de continuation, l'ayant cause universel, c'est-à-dire la société issue de la fusion, recueille l'ensemble des biens, droits et obligations et se substitue du même coup dans les rapports juridiques de la société « *défunte* ». Ce faisant, il y a forcément transfert de l'effet obligatoire du contrat du contractant originel, la société dissoute, au contractant continuateur, la société absorbante ou nouvelle. *A priori* cela peut paraître porter atteinte à l'un des piliers du droit des obligations<sup>212</sup>.

**133. Poursuite de l'effet obligatoire du contrat-** En effet, il est généralement admis que le contrat ne peut produire d'effet qu'entre les parties contractantes.<sup>213</sup> Ceci étant, voir une personne poursuivre l'exécution d'un contrat, alors même qu'elle était absente le jour de sa conclusion, peut sembler gênant. Cependant, il faut noter que cela n'a rien de choquant et n'heurte, aucunement pas, la force obligatoire du contrat. En effet, il existe en droit des hypothèses dans lesquelles un rapport contractuel peut avoir une certaine influence sur un autre. C'est-à-dire que grâce à un contrat, il peut arriver qu'il y ait un déplacement de l'effet obligatoire d'un autre contrat sur une personne absente le jour de sa conclusion. Ceci peut se révéler dans deux cas très distincts l'un de l'autre. Le premier est celui de la cession de contrat où le bénéficiaire de celle-ci est appelé à prendre la place du cédant dans le contrat cédé. Le cessionnaire est ici dénommé ayant cause à titre particulier car, il n'acquiert en vertu de cette cession qu'un ou plusieurs droits déterminés. Le deuxième cas est constitué par celui où le bénéficiaire du contrat le reçoit parce qu'il recueille la totalité<sup>214</sup> ou une quote-part<sup>215</sup> du patrimoine de son « *auteur* ». Le bénéficiaire

---

<sup>212</sup> En l'occurrence le principe de l'effet relatif du contrat.

<sup>213</sup> V. C. civ., art. 1165.

<sup>214</sup> C'est l'hypothèse de la fusion dans laquelle la société bénéficiaire recueille l'ensemble du patrimoine de la société dissoute.

dans ce cas précis a vocation à recueillir l'ensemble des dettes et droits du *de cuius*. La conséquence logique est, dès lors, en ce qui concerne les contrats conclus par la société qui disparaît : leur continuation au bénéfice de l'ayant cause à titre universel, c'est-à-dire la société absorbante ou nouvelle

**134. Principe de la continuité patrimoniale-** La société issue de la fusion et de la scission, en tant qu'ayant cause universel ou à titre universel, va être prise dans les rapports de droit établis par le contrat en remplacement du contractant « *décédé* », c'est-à-dire la société dissoute sans liquidation. Bien que n'ayant pas été présente à la conclusion du contrat, elle va en devenir tout de même partie. Le principe est donc que les contrats de la société fusionnée ou scindée seront transmis à son ayant-cause universel qui n'est autre que la société bénéficiaire de l'apport patrimonial. Cette solution nous permet de relever deux choses. La première est que cette circulation de l'effet obligatoire du contrat, autrement dit cette substitution contractuelle qui déplace cet effet de la tête de l'un des contractants sur celle d'un « *tiers* », ne contredit en aucune façon le principe de l'effet relatif<sup>216</sup>. Elle n'est que la conséquence tant de la loi que de la volonté des parties. La deuxième chose, c'est que l'effet substitutif attaché à la transmission universelle de patrimoine confirme quelque peu l'absence de rigidité entre les qualités de parties et de tiers. Et d'ailleurs, la distinction des parties contractantes et des tiers telle qu'issue du Code civil n'est pas, contrairement à ce qu'on pourrait penser, aujourd'hui une opposition définitivement figée. Comme nous l'avons précédemment relevé une personne qui à l'origine était étrangère à la conclusion d'un contrat, peut très bien se substituer à l'une des parties audit contrat. Il faut savoir que la substitution de contractant n'est pas, par principe, interdit par le droit français. Même la cession de contrat est tolérée *a fortiori* la substitution universelle dans laquelle il n'y a pas de superposition de contrats<sup>217</sup> contrairement à la première hypothèse. La substitution de contractant est de droit dans les opérations de fusion et de scission.

**135. La continuation des contrats par la société bénéficiaire-** La société bénéficiaire en tant que continuateur de la société dissoute, se substitue dans les relations

---

<sup>215</sup> Ceci se révèle particulièrement dans le cas de la scission où c'est plusieurs sociétés, et non pas une, qui reçoivent chacune une partie du patrimoine de la société scindée.

<sup>216</sup> Nous aurons l'opportunité d'en dire plus sur cet aspect plus loin.

<sup>217</sup> En effet en cas de cession de contrat, on note une superposition de contrats. Au contrat, objet de transfert, il faudra ajouter le contrat qui marque l'accord de volonté entre le cédant et le cessionnaire auquel interviendra probablement le cédé. Ce qui n'est pas le cas dans l'hypothèse de la substitution universelle où le contrat transmis l'a été en tant qu'accessoire d'une opération juridique constituée par la fusion ou la scission.

contractuelles de celles-ci. Et au cas où il existerait plusieurs sociétés bénéficiaires, comme c'est le cas dans l'hypothèse d'une scission, chacune d'elles sera considérée continuateur de la société qui disparaît. Mais, cette succession à la personne que consacre le droit est, comme nous l'avons déjà dit plus haut, contestée par une certaine doctrine. Pour celle-ci, si le principe de la fiction de continuation de la personne peut se justifier en droit des successions, il n'en est pas de même pour les personnes morales, en l'occurrence les sociétés commerciales. Aux dires de ces auteurs, opinion que nous partageons dans une certaine mesure, c'est une abstraction juridique propre au droit des successions. Le seul paramètre capable de fonder la substitution contractuelle induite par les opérations de fusion et de scission est, non pas le principe de la continuation de la personne de la société dissoute, mais, au contraire, celui de continuation de l'entreprise transférée.

## **§.2. La continuation des relations contractuelles en droit des fusions et des scissions et le principe de continuité de l'entreprise transférée**

**136. Crise du principe de la continuation de la personne-** Copiée sur le modèle de la succession de droit commun, la transmission universelle de patrimoine issue des fusions et des scissions fut, pendant un certain moment, fondée sur le principe de la continuation de la personne de l'entité dissoute. Ceci, faut-il le dire, a été, à son temps, accueilli avec une certaine bienveillance au sein de la doctrine. Toutefois, cette unanimité sera quelque temps plus tard brisée par la doctrine moderne pour qui, c'est la nécessité de continuité de l'entreprise transférée, et non pas la fiction de la continuation de la personne, qui fonde la transmission des contrats conclus par la société qui disparaît au profit de la société absorbante ou nouvelle. Ainsi, pour la doctrine moderne<sup>218</sup> la transmission universelle de patrimoine et, par voie de conséquence, la continuation contractuelle qui en résultent, lorsqu'il y a fusion ou scission, sont justifiées par l'impérieuse nécessité de sauvegarder l'entreprise transférée plutôt que par la continuation de la personne de l'entité dissoute. Celle-ci, à leurs dires, n'est qu'une fiction conçue et valable pour les personnes physiques.

**137. L'analyse moderne du principe de la transmission universelle-** Aux termes de cette nouvelle analyse, le constat c'est qu'elle rompt totalement avec le fondement

---

<sup>218</sup> En ce sens v. WAREMBOURG, op. cit. et ROUTIER R., idem.



classique jusque-là connue de la transmission universelle pour cause de décès. Pour ces auteurs, c'est donc la continuité de l'entreprise qui explique le transfert universel de tous les biens de la société qui disparaît au profit de la société issue de la fusion ou de la scission. Ainsi, si les contrats de l'entité dissoute sont transmis à la société bénéficiaire de l'apport, c'est parce que celle-ci est supposée continuer l'entreprise dont elle reçoit les biens et non parce qu'elle continue la personne de la société disparue. Sans nier totalement le rôle que joue la théorie de la continuation de la personne de la société dissoute, nous tenterons de démontrer que, contrairement à ce que pensent certains auteurs<sup>219</sup>, l'explication résultant de la continuité d'entreprise comporte une certaine utilité, utilité qui peut se traduire dans deux facteurs. La continuité fonde la transmission des contrats, d'abord, en ce que l'entreprise, quoi qu'on ait dit, constitue un facteur de cohésion des éléments patrimoniaux des sociétés (I) ; ensuite, de ce que l'entreprise est aujourd'hui une notion juridiquement consacrée, fût-ce de manière indirecte (II).

## **I. L'entreprise, facteur de cohésion du patrimoine social**

**138. La théorie objective du patrimoine-** Il s'agit, ici, de démontrer avant tout que l'entreprise constitue bel et bien, en dépit de certaines protestations doctrinales<sup>220</sup> un facteur déterminant de l'unité des éléments composant le patrimoine de la société. Pour la théorie développée par Aubry et Rau, faut-il le rappeler, le seul facteur d'unité qui soit valable des différents éléments patrimoniaux de la société, c'est : la personnalité juridique qui lui est reconnue. Aussi, c'est pourquoi le patrimoine est considéré comme une émanation de la personnalité juridique de son titulaire. Affirmer le contraire c'est, selon les auteurs classiques, aller à l'encontre de l'unicité du patrimoine<sup>221</sup>. Pis, c'est autoriser la transmission entre vifs du patrimoine.

**139. Contenu de la théorie objective du patrimoine-** Faces à ces nombreuses attaques dont fit l'objet la théorie objective, il convient à présent d'en déterminer exactement le contenu. Autrement dit que signifie cette théorie ? Comme précédemment relevé, pour expliquer la transmissibilité du patrimoine après le décès de son titulaire, la

---

<sup>219</sup> Dont COQUELET M.-L., op. cit.

<sup>220</sup> Notamment celle de COQUELET qui est farouchement opposée à l'idée que l'entreprise soit le fondement de la transmission universelle.

<sup>221</sup> Puisque désormais un individu peut se prévaloir de plus d'un patrimoine, un dit général et d'autres patrimoines destinés à des affectations spéciales, dont notamment professionnelles.

doctrine classique fit appel à une fiction juridique, en l'occurrence la notion de « *continuation de la personne* » du défunt. Ceci étant, l'héritier succède à l'ensemble de l'actif et du passif de son auteur, et ce, de plein droit car il est censé continuer la personne de celui-ci. Appliqué aux personnes morales, notamment aux sociétés commerciales, on en déduit aussi que l'« *héritière* », ici la société bénéficiaire du patrimoine du défunt, la société dissoute, est censée continuer la personnalité de celle-ci. Cependant, pour la doctrine moderne<sup>222</sup>, cette théorie explicative du fondement de la transmission universelle, si elle est d'actualité pour les personnes physiques, ne l'est plus, par contre, pour les sociétés commerciales. La raison en est simple. Pour ces auteurs, même si la personnalité juridique de la personne morale a été calquée à un moment donné, sur celle de la personne physique, cela ne pourrait autoriser d'en déduire une certaine identité entre les deux sujets de droit. Moins encore lorsqu'il s'agit d'expliquer la transmission universelle qui résulte des fusions et des scissions d'entreprises commerciales.

**140. Rôle de l'entreprise dans l'unité du patrimoine social-** Si, pour la personne physique, c'est sa personnalité juridique qui fonde exclusivement l'unité, la cohésion des éléments composant son patrimoine, on ne peut pas en dire autant des sociétés commerciales. S'agissant de celles-ci, c'est tout autre chose. C'est en l'occurrence l'entreprise. C'est elle qui constitue le facteur fondant la cohésion patrimoniale de la société. En d'autres termes, c'est en vue de l'aboutissement de cette entreprise que le patrimoine social a été mis en place. D'où la nécessité de déterminer ce qu'est l'entreprise, vu son rôle essentiel dans l'unité patrimoniale de la société. Les auteurs se divisent quant au sujet de la définition de la nature juridique de l'entreprise. Pour certains<sup>223</sup>, l'entreprise peut être définie comme une universalité de droit (A) ; pour d'autres, au contraire, elle ne serait que l'objet d'organisation de la personne morale de droit privé<sup>224</sup> (B).

#### **A. L'entreprise, facteur de cohésion du patrimoine, vue comme une universalité de droit**

<sup>222</sup> En ce sens voir notamment : CHAMPAUD Cl., RTD Com., 1967, p. 527 ; F. WAREMBOURG-AUQUE, « *La succession aux biens des personnes morales de droit privé* », thèse préc. Pour la doctrine moderne, ce qui fonde la transmission universelle dans les opérations de fusion et de scission n'est autre chose que la continuité de l'entreprise.

<sup>223</sup> Cf. GAZIN H., « *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique* », Thèse Dijon, 1911, p.259-262 ; TERRE F., « *Droit civil : Introduction générale au droit* », Précis Dalloz, 2è éd., 1994, n°308, p.268 cités par COQUELET, op. cit.

<sup>224</sup> PERCEROU R., « *La personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation* », Thèse, Paris, 1951 ; PAILLUSSEAU J., « *La société anonyme : technique juridique d'organisation de l'entreprise* », Sirey, 1967.

**141. Proposition d'une définition du rôle de l'entreprise par la doctrine moderne-** Pour la doctrine moderne, chercher à définir le patrimoine de la personne morale, en l'occurrence celui de la société commerciale, en prenant comme seule référence la personnalité même du titulaire serait faire preuve d'irréalisme. D'après les auteurs modernes le patrimoine de la société commerciale se définirait plutôt comme un ensemble de biens, droits et obligations dotés d'une certaine vie et ce indépendamment de la personne de son titulaire. Mieux, ces biens et droits seraient réunis entre eux et marqués par la commune affectation au même but économique.

Cette théorie dite objective détache, convient-il de le noter, le patrimoine de la personne de son titulaire, ce qui rompt avec l'analyse des auteurs classiques pour qui, le seul facteur d'unité des éléments patrimoniaux, reste et demeure la personne du titulaire. Avant de rétablir le sens véritable de la théorie objective(2°), exposons, en premier lieu, les griefs qui lui sont reprochés (1°).

### **1°. Analyse des critiques faites à la théorie objective**

**142. Des implications de la théorie objective-** La naissance de cette théorie n'a pas, comme on s'y attendait, laissé la doctrine classique indifférente. D'abord, certains auteurs<sup>225</sup> lui reprochent d'entraîner, dans un premier temps, des conséquences diamétralement opposées à la doctrine classique du patrimoine. Ceci parce que désormais le patrimoine ne se définit plus par rapport à la personnalité du titulaire d'une part et, d'autre part, parce qu'on reconnaît dorénavant à une personne de posséder au moins deux patrimoines<sup>226</sup>. Il faut dire que cet argument aussi séduisant soit-il n'est pas des plus convaincants s'agissant des personnes morales sociétés commerciales. Les choses ne sont plus ce qu'elles étaient il y a un demi siècle. Il est évident aujourd'hui qu'une personne, même physique, peut avoir au moins deux patrimoines : un qu'on pourrait qualifier de droit commun et un autre professionnel c'est-à-dire lié à l'activité que la personne exerce. Le premier se trouve chez tout individu. On ne peut nier cette évidence. Le droit, faut-il le mentionner, n'est pas un phénomène qui tombe comme par enchantement du ciel. Il n'est pas une création *ex-nihilo*. C'est un fait social. Le droit naît de la réalité sociale, de la

---

<sup>225</sup> COQUELET, op. cit., p.112.

<sup>226</sup> Un premier patrimoine dit général et un autre pouvant être affecté à une destination particulière.

pratique. Or, c'est une réalité de nos jours qu'une personne, surtout morale, peut posséder un ensemble de biens et droits affectés à une activité donnée. On ne peut de ce fait continuer de déterminer le patrimoine rien que par rapport à la personnalité de son titulaire. Un autre facteur doit nécessairement entrer en ligne de compte. En d'autres termes, le patrimoine peut également être déterminé par la fonction sociale ou économique qui a présidé à sa constitution.

**143. Evidence du patrimoine d'affectation-** D'ailleurs, la doctrine moderne ne nie pas l'existence d'un certain lien entre patrimoine et la personnalité de son titulaire. Ceci a été relevé par un auteur qui pourtant défend la théorie classique<sup>227</sup>. Une chose est sûre, c'est qu'une personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine général, c'est-à-dire ce qu'on appelle le patrimoine de droit commun, car elle n'a qu'une seule personnalité. Sur ce, nous sommes d'accord avec AUBRY et RAU. A ce propos, les exemples du mineur, du nouveau né qui sont titulaires d'un patrimoine en constituent de parfaites illustrations. Ils possèdent tous les deux un patrimoine, alors même qu'ils n'ont aucun actif ou passif, car ils sont dotés de cette aptitude à être titulaire de droits et débiteurs d'obligations, aptitude qui est liée à la personnalité. Par contre, s'agissant des sociétés commerciales, on ne peut continuer de nier encore aujourd'hui, que les éléments constituant son patrimoine sont plus liés à leur affectation commune qu'à leur personnalité juridique même. Si un contrat de bail, un contrat d'assurances sont conclus par une société, c'est essentiellement dans le but de lui permettre d'exercer son objet social, c'est-à-dire l'activité pour laquelle elle a été créée. De même si elle nouait des relations juridiques avec des fournisseurs, c'est toujours dans le dessein de l'exercice de son activité. On en conviendra qu'il en sera autrement pour le père de famille qui acquiert une maison ou une voiture.

**144. De la fronde à l'égard du principe de la continuité d'entreprise, comme fondement de la transmission universelle-** Autre critique adressée au principe de la continuité de l'entreprise qui est un corollaire de la première c'est que, semble-t-il, elle autorise, du vivant du titulaire, la transmission de son patrimoine<sup>228</sup>. A notre avis, ceci n'a rien de choquant lorsqu'il s'agit de personnes morales, en particulier des sociétés

---

<sup>227</sup> Mme COQUELET disait : « *sans nier totalement les relations que le patrimoine entretient avec la personnalité, les auteurs du début du siècle ont proposé de le définir comme un ensemble de biens et de droits existant par eux-mêmes, indépendamment de la personne de son titulaire,...* », op. cit., n°190, p.112.

<sup>228</sup> V. COQUELET, op. Cit., p. 112.

commerciales. Prenons, à ce titre, l'exemple d'une société « mère » qui dispose de plusieurs filiales qui, on le sait, constituent de sociétés à part entière. Pourtant, même si cela est juridiquement discutable, on peut dire que ces filiales, détenues à 100 % par la société holding, font tout de même parties du patrimoine de celle-ci<sup>229</sup>.. Et rien n'interdit à la société « mère » de se séparer d'une partie de son patrimoine, en cédant une de ses filiales. Mieux, c'est qu'une société peut, aussi, directement se séparer d'une partie de son patrimoine en transmettant, par exemple, un de ses secteurs : c'est le cas, en particulier, de l'apport partiel d'actif, expressément reconnu par la loi<sup>230</sup>. Ces exemples montrent à quel point la personne morale, contrairement à la personne physique, peut tout à fait se séparer d'une partie de son patrimoine, alors même qu'elle n'a pas encore disparu. Ainsi, en dépit du fait que la société mère n'ait pas perdu sa personnalité juridique, c'est-à-dire ne soit pas « décédée », elle peut tout de même transmettre une quote-part de son patrimoine. Or, ceci n'est pas concevable chez la personne physique à propos de son patrimoine général. Elle ne peut en aucun cas, de son vivant, transmettre ou céder tout ou partie de son patrimoine puisque celui-ci est lié à sa personne.

Il est, en outre, reproché, à la conception objective d'entraîner comme conséquence logique la révision de l'étendue de l'obligation à la dette dont est tenu le successeur<sup>231</sup>. Toutes ces critiques, comme nous allons le montrer, sont plus que contestables.

## **2°. Le rétablissement du sens réel de la théorie moderne**

**145. Fondement des critiques faites à la théorie objective-** Au soutien de toutes les critiques, précédemment citées, la doctrine classique s'appuie sur une argumentation qui, appliquée aux cas des fusions et des scissions, s'avère discutable. Elle affirme que c'est pour éviter à l'héritier d'être tenu *ultra vires* successionis qu'on a recouru à la succession aux biens et de continuer que, puisque dans la théorie moderne le patrimoine est déterminé, non par rapport à la personne mais, par rapport à l'activité économique exercée. Que par conséquent, cette théorie constitue une succession aux biens ; d'où la conclusion que le successeur est un successeur aux biens qui ne peut être tenu *ultra vires* mais à concurrence de l'actif reçu<sup>232</sup>. Ce qui n'est pas vrai dans l'hypothèse des fusions et des

---

<sup>229</sup> Pour preuve, on a l'obligation qui lui est faite d'établir, en une telle hypothèse, des comptes consolidés

<sup>230</sup> V. C. Com., art. L.236-22.

<sup>231</sup> Cf. COQUELET, op. Cit., p. 112.

<sup>232</sup> V. M.-L. COQUELET, op. cit., idem.

scissions. En effet, la société bénéficiaire n'est pas qu'uniquement successeur à la personne<sup>233</sup>. Elle est également successeur aux biens, en ce sens qu'elle continue une activité transmise. Et ceci n'enlève en rien au fait que le successeur soit tenu *ultra vires* tant que cela n'a pas été exclu du contrat de fusion ou de scission. Ce n'est pas parce que la société issue desdites opérations n'est pas successeur à la personne que pour autant elle ne sera tenue des dettes de la société disparue qu'à hauteur de l'actif reçu. Étant ayant cause universel, c'est-à-dire bénéficiaire de l'universalité du patrimonial social reçu, elle est également tenue de toutes les dettes, même virtuelles, de la société dissoute sans liquidation. En effet, tant que cette situation n'a pas été clairement spécifiée dans la convention de fusion, l'ayant cause sera tenu de l'ensemble des obligations contenues dans le patrimoine transmis. C'est cela même le principe de la transmission universelle du patrimoine. Il est intéressant de relever, à cet effet, que c'est ce qu'expriment les articles 371, 372-1 et 381 de l'ancienne loi du 24 juillet 1966. N'oublions pas que l'article L.236-3, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce dispose que la fusion et la scission entraînent la transmission universelle du patrimoine de la société qui disparaît au profit de la société bénéficiaire « *dans l'état où se trouve le patrimoine* ». Ainsi, le fait que la transmission universelle soit fondée sur la continuité d'entreprise n'enlève en rien à l'étendue de l'obligation de la société bénéficiaire. Et puis, par ailleurs, qui dit transmission universelle, dit transfert global du patrimoine sans distinction *a priori* et sans limitations tant que celles-ci ne résultent de la loi ou d'une manière expresse de la convention des parties.

**146. Nécessité de prendre en compte la spécificité de la personne morale-** A notre avis, il serait prudent de ne pas exagérer dans la comparaison entre personne physique et personne morale. Certes, celle-ci a été reconnue ou disons sa personnalité juridique a été calquée sur celle de la première. Mais, cela ne signifie nullement que les deux sujets de droit sont parfaitement identiques. L'entreprise commerciale peut très bien s'analyser comme un patrimoine d'affectation car comportant les caractéristiques requises pour une telle qualification<sup>234</sup>. Et ce n'est pas pour autant qu'en cas de fusion et de scission, la société bénéficiaire de l'apport ne serait tenue du passif qu'à hauteur de l'actif reçu. Admettre de principe une telle hypothèse dans le cadre des sociétés commerciales

<sup>233</sup> Cf. F. WAREMBOURG-AUQUE, op. cit., n° 229 et s.

<sup>234</sup> Il faut dire que le patrimoine d'affectation est la théorie selon laquelle, à l'inverse de celle d'Aubry et Rau, le patrimoine ne serait pas lié à la personne mais au but auquel il est destiné. L'intérêt de cette théorie, comme on pourrait s'y attendre, est d'autoriser qu'un même sujet de droit puisse avoir plusieurs patrimoines différenciés par la diversité de leurs affectations.

serait contraire au principe de la transmission universelle de patrimoine. M. Guinchard<sup>235</sup> ne relevait-il pas, qu'en dehors de l'existence d'une affectation de l'actif et du passif à l'exploitation d'une activité économique, il est permis de constater que l'entreprise génère également un intérêt collectif tant de l'employeur que des salariés qui justifie la nécessaire corrélation entre cet actif et ce passif. Nous désapprouvons ainsi, comme cet auteur, l'analyse selon laquelle l'ayant cause universel n'est tenu des dettes qu'à hauteur de l'actif reçu. Ceci étant contraire à l'essence même de la transmission universelle. Dès lors qu'il y a transmission universelle, le bénéficiaire c'est-à-dire le substituant est tenu de toutes les dettes de la même façon qu'il recueille tout l'actif<sup>236</sup>. Ce qui est logique puisque le patrimoine se détermine comme étant l'ensemble des biens, droits et obligations de son titulaire. Aussi, tous les contrats en vigueur au jour de l'opération de fusion ou de scission sont-ils transmis de plein droit à l'ayant cause universel. Celui-ci bénéficiera de tous les droits issus du contrat mais également sera tenu de toutes les obligations contractuelles. Il y va de l'intérêt de la continuité de l'activité de l'entreprise et de celui de son cocontractant.

## **B. L'entreprise, facteur de cohésion vue comme objet d'organisation des groupements de droit privé**

**147. L'entreprise, fondement de la cohésion du patrimoine-** A l'instar de la théorie objective, pour les tenants de cette théorie dite de la « *personnalité morale-patrimoine d'affectation* »<sup>237</sup>, le patrimoine ne tire pas son unité de la personnalité juridique de son titulaire mais de l'entreprise, objet d'organisation du groupement. On note dès lors une certaine rupture avec la doctrine classique pour laquelle, c'est un rappel, le patrimoine a pour fondement la personnalité juridique de la personne morale.

L'origine de cette théorie pourra être, semble-t-il, attribué à M. PERCEROU<sup>238</sup>. Au travers d'une remarquable analyse, cet auteur démontre que ce qui sert de fondement, en d'autres termes qui explique et justifie la cohésion du patrimoine de la personne morale, c'est le fait que les différents éléments le composant soient affectés à un but économique. Autrement dit, les biens, droits et obligations composant le patrimoine social ne trouvent

---

<sup>235</sup> GUINCHARD S., « L'affectation des biens en droit français », L.G.D.J, 1976.

<sup>236</sup> Rappelons qu'en droit de fusion et de scission il est établi que l'ayant cause est tenu tant des dettes relevées par la convention que de celles omises ou simplement virtuelles.

<sup>237</sup> Cf. COQUELET, op. Cit., p. 115.

<sup>238</sup> V. R. PERCEROU, « La personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation », thèse, Paris, 1951, p. 115.

leur unité que parce qu'ils sont affectés à la même activité de l'entreprise. Le patrimoine, selon lui, comporterait une fonction qui n'est autre que celle de permettre la réalisation de l'activité économique pour laquelle il a été créé<sup>239</sup>.

**148. Similitudes entre les deux théories du patrimoine-** On peut remarquer que cette nouvelle théorie comporte quelques ressemblances avec la théorie qui voit en l'entreprise un patrimoine d'affectation. D'abord, comme celle-ci, elle suppose qu'il n'est pas nécessaire qu'il soit reconnue à l'entreprise une quelconque personnalité juridique pour qu'elle soit viable. Ceci parce que la société lui offre ce « vêtement » juridique et le patrimoine lui permettant de se déterminer. Ensuite, deuxième ressemblance avec la théorie du patrimoine d'affectation, cette nouvelle théorie affirme autant que celle-ci que le patrimoine de la personne morale ne trouve son unité, sa cohésion que dans l'entreprise et non dans la personnalité juridique. Cette analyse, à notre sens, comporte une certaine cohérence car elle met, avant tout, la fonction du patrimoine de la personne morale. N'oublions pas que le juriste doit toujours faire preuve dans ses analyses d'un certain réalisme. Il ne doit en aucun cas, lorsqu'il analyse un fait quel qu'il soit, ignorer la réalité. Or, nous savons bel et bien qu'aujourd'hui le patrimoine de la personne morale comporte une certaine fonction. Si on l'a doté d'un patrimoine, c'est justement pour permettre la réalisation de l'objet pour lequel elle a été créée. Ce qui est différent chez la personne physique. Ainsi, de nos jours, nombre d'auteurs reconnaissent au patrimoine de la personne morale un rôle fonctionnel puisque ce patrimoine tire quelque part sa force de l'entreprise, entreprise qui fait de plus en plus l'objet d'une certaine attention de la part du législateur.

## **II. L'entreprise, une notion juridiquement consacrée**

**149. De la prise en compte juridique de l'entreprise-** On peut remarquer, aujourd'hui, en dépit de ce qu'en croit une certaine doctrine, qu'il y a lieu de reconnaître que l'entreprise fait, depuis quelque temps déjà, l'objet d'une certaine attention législative. N'est-elle pas le principal acteur de la vie économique ? Le droit, à ce titre, ne pouvait donc l'ignorer. Le droit commercial encore moins, compte tenu des rapports étroits qui ont

---

<sup>239</sup> Cf. PERCEROU, op. Cit., p. 115.



toujours uni cette discipline et l'économie. La reconnaissance de l'entreprise a d'abord été le fait du droit social et du droit comptable<sup>240</sup>. Puis le droit des sociétés<sup>241</sup>, le droit de la concurrence<sup>242</sup>, le droit des procédures collectives ont, à leur tour, contribué à l'émergence d'une notion juridique de l'entreprise. Mais, il semble que, aussi séduisante que soit cette idée, elle se heurterait à quelques obstacles importants. Le premier, semble-t-il, consisterait en ce que l'entreprise demeure un concept économique et qu'il serait, dès lors, délicat de la définir. Cet obstacle peut cependant être levé si l'on adoptait et acceptait une conception large, englobant toutes les activités industrielles, commerciales et libérales, exercées à titre individuel ou en société. Quant au deuxième obstacle, il vient du fait qu'il est généralement soutenu que si l'entreprise est dépourvue de toute reconnaissance juridique c'est parce qu'elle ne possède pas de personnalité morale. C'est-à-dire que, juridiquement elle ne peut être considérée comme un acteur de la vie juridique, comme un sujet de droit comme l'est la société. Mais, on constatera que l'entreprise a reçu une consécration de sa place essentielle dans l'activité économique, consécration de laquelle en a résulté une certaine reconnaissance juridique de son statut (A). Ce qui lui donne, dans une certaine mesure, un rôle dans le processus de continuation des contrats à son actif (B).

## **A. De la consécration législative de l'importance de l'entreprise**

**150. Du rôle essentiel de l'entreprise-** Reconnaissant le rôle important que joue l'entreprise, en tant qu'acteur de la vie économique et sociale, le législateur a décidé, dès lors, à notre avis, de lui accorder une certaine attention. Et celle-ci se traduira, de manière synthétique, au travers de trois grandes lois. Les deux premières furent les lois n° 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984<sup>243</sup>, relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des

<sup>240</sup> V. DESPAX M., *L'entreprise et le droit*, thèse Toulouse, LGDJ, 1956, p. 56. Pour le droit social, l'entreprise est un groupement de travailleurs exerçant une activité commune sous l'autorité d'un même employeur. De cette définition, on peut remarquer que plusieurs sociétés juridiquement distinctes peuvent, au regard du droit social, constituer une seule entreprise commune. Le droit comptable a, lui, voulu définir l'entreprise d'une manière plus réaliste. Ceci a abouti à une vision, à notre avis, simpliste. En effet, selon le droit comptable, l'entreprise n'est rien d'autre qu'un ensemble d'éléments patrimoniaux d'actif et de passif. Ainsi, si pour le droit du travail l'entreprise est une collectivité humaine, elle est, pour le droit comptable, un ensemble patrimonial.

<sup>241</sup> Cf. CL. CHAMPAUD, « *Le pouvoir de concentration des sociétés par actions* », Sirey, 1967 et J. PAILLUSSEAU, « *La société anonyme, technique juridique d'organisation de l'entreprise* », Sirey, 1967.

<sup>242</sup> On peut ainsi constater que le droit communautaire et le droit interne de la concurrence n'ignorent pas la notion d'« entreprise ». Le premier, par exemple, vise de manière explicite dans les articles 81 et 82 du Traité de Rome, le comportement d'« entreprises » et non pas de sociétés. Quant au droit interne de la concurrence, dans le cadre de la réglementation relative à l'abus de position dominante, ce n'est pas la notion de société qu'elle retient mais, au contraire celle d'entreprise.

<sup>243</sup> Cette loi est aujourd'hui partiellement codifiée dans le Code de commerce.

entreprises et n° 85-98 du 25 janvier 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises<sup>244</sup>. Et la troisième loi sera celle du 5 janvier 1988, relative au développement et à la transmission des entreprises, loi qui a, par ailleurs, réformé et modernisé le régime juridique des fusions et scissions. Le premier constat que l'on pourrait faire et qui constitue le dénominateur commun de ces lois, c'est qu'elles ont toutes pour objet ou disons pour finalité, l'entreprise. En effet, l'entreprise représente leur épicentre. On constatera également que l'émission de toutes ces lois n'est pas accidentelle et donne l'occasion d'une conception renouvelée de la notion d'entreprise. Toutes ces lois ne parlent pas de sociétés mais, au contraire de l'« *entreprise* ».

**151. Les traductions législatives de l'importance de l'entreprise-** Prenons tout d'abord la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984. Elle constitue un corps de règles, comme d'ailleurs son décret d'application, qui ont pour objet non pas un individu, un débiteur, mais bien l'entreprise dont il faut prévenir les difficultés ou les régler, et ce, de manière amiable. On voit ainsi le souci de protection qui anime le législateur vis-à-vis de l'entreprise. Ce même souci se retrouve au niveau de la loi du 25 janvier 1985. Ici, il ne s'agira plus de prévenir ou de régler amiablement les difficultés de l'entreprise mais, traiter celles-ci. Ce traitement aura pour but d'aboutir à la sauvegarde de l'entreprise. Il convient de remarquer que ce n'est pas toujours que la prévention ou le règlement amiable réussissent ; dès lors que faudra-t-il faire en cas d'échec des remèdes prescrits par la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 ? Devra-t-on en conclure et admettre que l'entreprise est condamnée avec tout ce que cela comporte comme conséquences économiques et sociales désastreuses ? Le législateur a, par cette loi du 25 janvier 1985, répondu négativement. Pour lui, tout doit être fait pour sauver l'entreprise<sup>245</sup>. Et cette ambition est annoncée dès l'article 1<sup>er</sup> alinéa 1 où il est mentionné que cette loi a pour objectif de permettre « *la sauvegarde de l'entreprise (...)* ». Une telle affirmation de volonté du législateur nous autorise à rappeler la situation antérieure.

**152. Prise de conscience de l'intérêt de l'entreprise-** Avant la loi de 1985, le but premier, en cas de cessation de paiements, c'était de protéger les intérêts de ceux qui ont apporté leurs capitaux à l'entreprise, c'est-à-dire les créanciers. L'intérêt du débiteur, en d'autres termes de l'entreprise, était relégué au second plan. Ce qui aboutissait à la

---

<sup>244</sup> Cette loi, il faut le préciser, résulte d'une importante refonte du droit de la faillite symbolisée par la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 et de l'ordonnance du 23 septembre 1967.

<sup>245</sup> Mentionnons que la loi du 25 janvier 1985 résulte d'une profonde refonte du droit de la faillite que symbolise la loi n°67-563 du 13 juillet 1967 et de l'ordonnance n°67-820 du 23 septembre 1967.

liquidation de la plupart des entreprises avec son corollaire de conséquences sociales<sup>246</sup>, économiques<sup>247</sup> et nationales<sup>248</sup>. C'est pourquoi à l'époque on parlait beaucoup plus de « *droit de la faillite* ». Désormais, sous l'empire de la loi nouvelle, l'intérêt de l'entreprise passe en premier<sup>249</sup>. Il s'agit comme nous l'avions déjà relevé de sauvegarder celle-ci. L'intitulé même de cette loi est assez parlant puisqu'il commence par le mot « *redressement...de l'entreprise* » ? C'est pourquoi, lorsqu'une entreprise fait l'objet d'une ouverture de procédure de redressement judiciaire, il est défendu de payer les créances antérieures et que les contrats en cours sont également maintenus. En incluant la continuation des contrats en cours, le législateur sait plus quiconque que ceux-ci participent de l'essence même de l'entreprise, c'est-à-dire de son activité. Sans contrats, pas d'activité et, donc, pas d'entreprise. Mieux, dans le cas d'une entreprise en difficulté, sans continuation des contrats en cours, seront compromis tant le maintien de l'activité sociale et de l'emploi que l'apurement du passif, qui constituent les trois finalités hiérarchisées que comporte la loi du 25 janvier 1985<sup>250</sup>. Ceci dénote de la prééminence accordée par le législateur à l'« acteur » économique qu'est l'entreprise ainsi que la marque de l'orientation du droit des faillites vers un droit économique des entreprises en difficulté<sup>251</sup>. Car une entreprise qui disparaît est susceptible, avec ses conséquences économiques néfastes, de se traduire en drame social<sup>252</sup>.

### **153. Interdépendance et continuité de l'entreprise et pérennité des contrats-**

Or, la sauvegarde de l'entreprise et le maintien de son activité sont synonymes de sauvegarde de ses relations contractuelles, fussent-elles marquées d'*intuitus personae*, comme les contrats de crédit<sup>253</sup>. L'importance de l'environnement contractuel pour l'entreprise n'est plus à démontrer<sup>254</sup>. Il faut dire qu'elle acquiert non seulement très souvent son siège social grâce à un contrat, le contrat de bail, mais qu'elle se finance et s'approvisionne également par des instruments juridiques que sont les contrats. Par ailleurs

<sup>246</sup> Notamment les licenciements du personnel.

<sup>247</sup> Car entraînant par exemple la disparition d'unités de production et de distribution.

<sup>248</sup> Il faut souligner que ces conséquences sociales et économiques ne sont pas sans influence sur l'ordre public.

<sup>249</sup> Ce souci de toujours prendre en compte l'intérêt de l'entreprise se révèle encore aujourd'hui avec la nouvelle loi sur les procédures collectives qui est en examen devant le parlement.

<sup>250</sup> Il faut préciser à cet effet que la réforme apportée par la loi n°94-475 du 10 juin 1994 n'a en rien modifié les trois finalités qui restent toujours les axes autour desquels se coordonne le droit des entreprises en difficulté.

<sup>251</sup> V. F. AUBERT, « Les finalités des procédures collectives » in Dialogues avec M. JEATIN, p.371, Dalloz, 1999.

<sup>252</sup> L'actualité du mois de janvier 2003 est riche en exemple, en l'occurrence les fermetures des usines « Métaleurop » de Noyelles-Godault qui avait 830 salariés et l'usine « Daewoo-Orion » qui, elle, employait 550 personnes. On peut rappeler qu'à son temps la presse audio-visuelle avait parlé de « drame social » concernant la fermeture de ces usines.

<sup>253</sup> V. les deux arrêts de la chambre commerciale que voici : Banque 1988.96 ; RTD Com. 1988.97

<sup>254</sup> Cf. D. LEDOUBLE, « *L'entreprise et le contrat* », thèse, Litec, 1980, Bibl. dr. ent., t.II.

ses rapports avec la clientèle sont encore une fois gérés par des contrats. On comprend dès lors le souci du législateur pour la sauvegarde de l'entreprise qui ne peut se faire que grâce à la sauvegarde de ses éléments fondamentaux que sont les contrats, en l'occurrence ceux nécessaires à la continuation de l'activité entrepreneuriale.

**154. La réforme du 5 janvier 1988-** La troisième intervention législative s'est exprimée au travers de la loi du 5 janvier 1988. Il faut dire que cette loi qui a réformé le régime juridique des fusions et scissions marque le début d'une volonté législative de modernisation du droit des sociétés en France. Il faut par ailleurs signaler qu'elle s'inscrit dans une certaine continuité de la reconnaissance de la place qui revient à l'entreprise. Pour le législateur, celle-ci constitue un maillon capital de l'économie nationale au regard de ses conséquences économiques et sociales navrantes qu'elle peut engendrer lorsqu'elle est sujette à difficultés. D'où l'impératif de promouvoir sa pérennité. On peut remarquer à ce propos le caractère révélateur de l'intitulé de la loi. La loi du 5 janvier 1988 s'intitulait, en effet, loi relative « *au développement et à la transmission des entreprises* ». Or, comment peut-on imaginer faciliter le développement et la transmission de l'entreprise tout en la privant de ses éléments essentiels que constituent les contrats. En effet, ceux-ci constituent les instruments juridiques et les moyens par lesquels elle naît, s'exprime et se développe. La survie ou le développement d'une entreprise passe par le maintien de son environnement contractuel. La transmission d'une entreprise s'opère donc avec l'ensemble des contrats en cours à son actif. Le contrat, pourrions-nous dire, est ici aperçu comme un bien essentiel de l'entreprise qu'il convient de préserver. Il en constitue sa moelle épinière. Donc sauvegarder la pérennité de l'entreprise revient nécessairement à sauvegarder son environnement contractuel. Ce qui a d'ailleurs amené le législateur à imposer expressément la continuation des contrats en cours, en affirmant, explicitement, la transmission du patrimoine de la société absorbée tel qu'il est à la date de la réalisation définitive de l'opération.

## **B. Du rôle de l'entreprise dans le processus de continuation des contrats**

**155. De la consécration juridique de l'entreprise-** L'analyse de tous ces textes nous permet de dire que l'« *entreprise* » justifie, très certainement, la continuation des contrats. Et ça ne sera pas l'absence de son officielle définition juridique qui lui empêchera

de jouer ce rôle, comme le pensent certains<sup>255</sup>. Cette absence de définition légale ne constitue aucunement pas un obstacle au rôle que joue l'entreprise et à sa place en droit commercial. D'ailleurs, le législateur lui-même, même s'il ne l'a pas légalement déterminée, lui a toutefois donné, de manière indirecte, une certaine « personnification ». Par exemple l'article 26 de la loi du 25 janvier 1985, devenu article L.621-16 du Code de commerce, évoque l'idée de la conservation « *des droits de l'entreprise* ». L'article 27 de la même loi, devenu L.621-18 toujours du même Code, quant à lui, parle de l'inventaire et de l'apposition des scellés « *des biens de l'entreprise* ». Il existe une discipline qui est allée plus loin, et qui a tout simplement donné à l'entreprise un statut de véritable sujet de droit. Il s'agit du droit communautaire de la concurrence qui érige purement et simplement l'entreprise comme un véritable sujet de droit, en le jugeant digne d'être titulaire de droits<sup>256</sup>. Or, en droit, il est notoirement connu que seuls des sujets de droit peuvent être titulaires de droits ou de biens. Ces textes ci-dessus, même s'ils relèvent d'un autre domaine que les fusions et les scissions, ne s'en trouvent pas moins porteurs d'une signification profonde, celle de la preuve de la consécration législative de la notion d'entreprise, de la place qui lui revient.

**156. L'entreprise, un sujet de droit-** Par ailleurs, nous pensons qu'il convient de se faire une analyse réaliste de l'entreprise. En d'autres termes, au travers de tout ce qui précède, on devrait se faire une perception pragmatique<sup>257</sup> de l'entreprise qui la révèle, certes, beaucoup plus comme une réalité économique que juridique. Mais, pour autant, le juridique n'est pas totalement absent. Et dans cette perception pragmatique, l'idée d'une personnification de l'entreprise n'est pas totalement absente, contrairement à ce qu'on voudrait faire croire<sup>258</sup>. D'ailleurs, le législateur, lui-même, la considère indirectement comme un sujet de droit<sup>259</sup>. Ceci montre, un certain pragmatisme chez le législateur qui, même s'il ne le dit pas officiellement, reconnaît tout de même à l'entreprise la place qui lui revient de droit. Aussi,, au lieu de continuer de spéculer sur la recherche d'une définition

<sup>255</sup> V. notamment COQUELET, op.cit.

<sup>256</sup> V. ARCELIN L., « *Notion d'entreprise en droit interne et communautaire de la concurrence* », Juris-cl. Commercial, concurrence-distribution, fasc. 35, n° 3 cité par Sophie ALMA-DELETTRE, *L'entreprise, cadre de protection de l'emploi*, Droit Ouvrier-juillet 2002, p. 337.

<sup>257</sup> On retrouve cette même perception pragmatique de la notion d'entreprise au niveau du droit de la concurrence. En effet cette branche du droit des affaires, de l'avis d'une certaine doctrine, est indifférente aux structures juridiques. Pour le droit de la concurrence, « est une entreprise toute entité, quelque soit son statut : Voir MALAURIE-VIGNAL Marie, *Droit de la concurrence*, 2<sup>e</sup> éd. Armand Colin, 2003, p. 47, n° 82.

<sup>258</sup> Cf. COQUELET, op. Cit.

<sup>259</sup> V. art.26 et 27 de la loi du 25 janvier 1985.

juridique de l'entreprise<sup>260</sup>, il conviendrait, à notre avis, d'adopter un comportement *in concreto*. Le juriste ne devrait-il pas, dans un souci d'être logique avec lui-même et efficace dans ses analyses et constructions juridiques, se baser avant tout sur la réalité socio-économique dans laquelle il vit ? Le droit, a-t-on coutume de dire, est un fait social. Un auteur<sup>261</sup>, au travers d'une analyse pragmatique, voit en l'entreprise une entité juridique autonome. Pour cet auteur, l'entreprise<sup>262</sup> est nécessairement une entité juridique autonome mais non personnifiée. Elle constitue un ensemble homogène économiquement important qui mérite d'être sauvegardée. C'est par cette analyse pragmatique que le Professeur SERLOOTEN a, lui aussi, reconnu l'existence juridique de l'entreprise<sup>263</sup>. Reconnue comme étant, dans une certaine mesure, sujet de droit, il est normal que les contrats en cours subissent le même sort que celui de l'activité sociale. Celle-ci étant transmise, du fait de la fusion ou de la scission, rien n'empêche, par principe, que les contrats rattachés à cette activité soient, à leur tour, transmis à la société bénéficiaire. Aussi, peut-on se demander, dans ces conditions, pourquoi cette insistance de vouloir toujours refuser à l'entreprise sa véritable place ?

**157. Explications du refus de reconnaître à l'entreprise la qualité de sujet de droit-** On ne peut comprendre cette attitude de la doctrine dominante à vouloir dénier à l'entreprise ce rôle de sujet de droit dans la transmission patrimoniale, sous prétexte qu'elle n'ait pas de définition juridique. Il faut se rappeler, en effet, que la France, contrairement à

<sup>260</sup> Il faut savoir que la tentative de définition juridique de l'entreprise est constante en doctrine : CATALA, *L'entreprise in Traité de droit du travail*, Dalloz 1980, p.3 ; DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957 ; DIDIER, *Esquisse de la notion d'entreprise*, Mélanges Voirin, p.66 ; FRIEDEL, *A propos de la notion d'entreprise*, Mélanges Roblot, LGDJ, 1984, p. 97 ; LAMBERT, *Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise*, Mélanges KAYSER, Aix 1979, t. 2, p. 77 ; LE CANNU, *La notion juridique d'entreprise* : Petites affiches 14 mai 1986, p. 19 ; DURAND, *La notion juridique de l'entreprise*, in Trav. H. Capitant, t. III, D. 1947.45 ; R. SAINT-ALARY, *Essai sur la notion juridique d'entreprise agricole*, RTD civ. 1948.129 ;etc.

<sup>261</sup> V. SAINT-ALARY-HOUIN C., Variations sur le plan de cession d'une entreprise en difficulté, Mélanges Claude CHAMPAUD, p. 544.

<sup>262</sup> Ce raisonnement même s'il a été tenu dans le cadre du droit des procédures collectives, est aussi valable pour le droit des fusions et des scissions.

<sup>263</sup> C'est en analysant la nouvelle loi sur les entreprises en difficulté, que le Pr. SERLOOTEN s'est interrogé sur la reconnaissance de l'entreprise en tant que sujet de droit, étant donné que jusque-là elle était considérée comme objet de droit. Il établit alors un parallèle entre les dispositions de la loi du 25 janvier 1985 et celles de la loi du 11 juillet 1985, qui a créé l'EURL. Il en constate que le législateur a indifféremment utilisé les termes d'entreprise et ceux de débiteur. De ce constat, l'auteur conclut et reconnaît que l'entreprise est désormais un sujet de droit : V. P. SERLOOTEN, *L'entreprise pendant la période d'observation*, Ann. Univ. Sc. Soc. 1986, p. 27. D'autres auteurs ont également, à leur tour, tiré la même conclusion. Ils partent du constat qu'on remarque que de plus en plus nombre de législations sont axées sur l'entreprise. Pour eux, ces diverses législations, loin de se limiter à décrire l'entreprise, lui permettent au contraire d'accéder à la reconnaissance juridique qui lui manquait. L'entreprise devient, dès lors, un sujet de droit en abandonnant son statut d'objet de droit : V. notamment P. LE CANNU, *La notion juridique de l'entreprise*, P. A., 14 mai 1986, p. 19 et s ; DERRIDA-GODE-SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1991, n° 6.

d'autres nations<sup>264</sup>, est un pays où l'écrit occupe une place importante tant dans la conception que la rédaction du droit. On comprend, alors, que les individus se trouvent désemparés devant une situation non définie par les textes. Et, c'est le cas de la notion d'entreprise. Un auteur faisait, en ce sens, un constat pertinent en écrivant que : « ...*nous sommes dans un pays de droit écrit et nous avons besoin d'un "guide" textuel*<sup>265</sup> ». Or, il est, aujourd'hui, nécessaire pour les juristes d'avoir une vision différente, une vision qui soit conforme à l'évolution de l'environnement socio-économique qui les entoure. Le droit des affaires n'est-il pas un droit dont une partie essentielle vient de la pratique ? Et c'est vrai qu'il est opportun, dans un domaine particulièrement évolutif que l'est le droit des affaires d'avoir, à propos de l'entreprise, une vision beaucoup plus pragmatique<sup>266</sup>. M. MERCADAL disait à ce propos : « *bien qu'elle (entendre par là l'entreprise) ne soit pas une personne juridique, l'entreprise est incontestablement prise par les diverses dispositions qui s'y réfèrent comme une entité autonome correspondant à une réalité juridique* »<sup>267</sup>. Ceci explique, semble-t-il, le fait que la jurisprudence ait une approche de la cession judiciaire d'entreprise qui échappe au droit commun de la vente<sup>268</sup>. On peut donc dire que l'entreprise est susceptible d'être considérée comme un fondement à la transmission universelle des contrats dans les opérations de fusion et de scission comme elle l'est d'ailleurs dans le cas du redressement judiciaire. L'entreprise étant perçue par le législateur comme une entité tant économique que sociale et juridique à préserver.

**158. Prise en compte par le droit de la notion de l'entreprise-** Il faut rappeler que la notion d'« *entreprise* » est restée longtemps ignorée des spécialistes en droit. La notion ne s'est véritablement imposée, comme concept juridique, qu'après la deuxième conflagration mondiale, le courant tant doctrinal, jurisprudentiel que législatif qui l'a consacré étant connu sous le nom d'« *École de Rennes* »<sup>269</sup>. Au plan doctrinal, la paternité du concept revient à Paul DURAND dont les idées s'inscrivent dans celles du doyen RIPERT et du Professeur DESPAX. La thèse de celui-ci, soutenue en 1957, est d'ailleurs intitulée « *L'entreprise et le droit* ». La doctrine de l'« *Ecole de Rennes* » a ainsi pendant

<sup>264</sup> Il s'agit des pays de droit anglo-saxon.

<sup>265</sup> V. SOINNE Bernard, L'« entreprise » et les lois de 1984 et de 1985, Rev. proc. Coll., n° 4, mars 2000, p. 12.

<sup>266</sup> V. SOINNE B., op. cit., p. 12.

<sup>267</sup> MERCADAL, « *La notion contemporaine d'entreprise* », in Mélanges offerts à J. DERRUPE, p. 12.

<sup>268</sup> Cf. SAINT-ALARY-HOUIN C., op. cit., p. 546.

<sup>269</sup> V. CHAMPAUD Cl., *Le droit des affaires*, Coll. Que Sais-Je ?, PUF, 1978, p. 40.

longtemps milité pour la reconnaissance de l'entreprise<sup>270</sup>. CHAMPAUD disait dans ce sens : « *l'entreprise existe. La cécité, la mauvaise foi ou l'ignorance, pas plus que les arguties ou les ratiocinations, ne sauraient ni la créer, si elle n'existait pas, ni la supprimer si elle existe*<sup>271</sup>. » Et, aujourd'hui son appel semble être entendu puisque, outre les divers textes qui érigent l'entreprise au rang de sujet de droit, les juges, non plus, ne sont pas en reste. En droit communautaire, par exemple, une jurisprudence constante de la Cour détermine l'entreprise comme « *toute entité, indépendamment de sa forme juridique et de son mode de financement, qui exerce une activité économique*<sup>272</sup> ». Ceci, encore une fois, que l'entreprise est véritablement un sujet de droit.

**159. Pérennité de l'entreprise et continuation des contrats-** L'entreprise étant un nœud de contrats, on ne peut vouloir la « *sauvegarder* », la « *développer* » ou la « *transmettre* » sans préserver au préalable ses instruments juridiques par excellence que constituent les contrats. Ainsi, l'impératif de sauvegarde de l'entreprise, au travers de son développement et de transmission, et la préservation des contrats sont donc inséparables. En définitive, la continuité de l'activité économique, comme celle de la personne de l'entité dissoute, fonde aussi la préservation des contrats en cours dans le cadre de la transmission universelle du patrimoine. La question, dès lors, serait de savoir quels sont les critères de transmission universelle des contrats dans le cadre du droit des fusions et des scissions.

---

<sup>270</sup> Certains ont même commencé à parler d'« *analyser le comportement juridique de l'entreprise* », LEDOUBLE préc., p. 4.

<sup>271</sup> Cf. CHAMPAUD op. Cit., p. 42.

<sup>272</sup> V. CJCE, 23 avril 1991, HÖFNER, aff. C. 41/90 : Rec. CJCE, p. I-1979; CJCE, 21 septembre 1999, Albany International, Brentjens' H aff. C.67/96, aff. C. 115/97, MDB BV aff. C. 119/97.



## CONCLUSION DU TITRE I :

**160.** Nous avons insisté, tout au long de ce premier titre, sur le fait que les relations contractuelles conclues par la société fusionnée ou scindée sont de plein droit transmises à la société bénéficiaire de l'apport patrimonial, société continuatrice de ces contrats. Et que cette continuation de contrats, consécutive aux fusions et scissions, a pour fondement explicatif la règle de transmission universelle de patrimoine qui constitue l'essence même de ces opérations.

**161.** Davantage que tout autre principe de transfert de bien, le principe de la transmission universelle invite à prendre conscience du fait que, transférer une universalité, c'est transférer un ensemble homogène et global de biens liés entre eux par un certain rapport.

La règle de continuation de contrats au terme d'une opération de fusion ou de scission est ainsi fondée sur le principe de la transmission universelle de patrimoine, principe qui a été emprunté, comme nous l'avons déjà relevé, au droit commun des successions. La raison en est que ces entreprises-personnes morales, au même titre que les personnes physiques, disposent d'un patrimoine. Or, l'on sait qu'en cas de décès de celles-ci, leur patrimoine est transmis à leurs héritiers entraînant ainsi une fusion de deux patrimoines, ceux du *de cuius* et de l'héritier. Voulant favoriser la concentration d'entreprises et empêcher, par là-même, que toute dissolution de société entraîne sa liquidation, on a alors fait appel à cette technique successorale. Aussi, la fusion, implique-t-elle une fusion des patrimoines de la société qui disparaît et de la société bénéficiaire, de la même manière que ceux de l'héritier et du défunt fusionnent.

**162.** Dans le cadre de la scission, on peut également y déceler les mécanismes du droit successoral. Le patrimoine de la société scindée ne se divise-t-elle pas en deux ou plusieurs quotes-parts qui vont à leur tour fusionner avec le patrimoine des sociétés qui les recueillent, tout comme le patrimoine du défunt est divisé en plusieurs parts dévolues aux différents cohéritiers ? Tant au niveau du droit successoral qu'à celui de la fusion ou de la scission, cette transmission universelle serait expliquée, semble-t-il, par la continuation de la personne du défunt ou de l'entité dissoute. En d'autres termes, au même titre que l'héritier qui en recueillant le patrimoine de son auteur, continue la personne de celui-ci,

les sociétés bénéficiaires seraient à leur tour, continuatrices des entités dissoutes dont elles ont recueilli le patrimoine. Cette analyse part du postulat classique selon lequel le patrimoine serait lié à la personnalité de son titulaire avec laquelle ils ne forment qu'un. Ainsi, recueillir l'un, c'est aussi recueillir l'autre. En continuant le patrimoine, l'héritier ou la société bénéficiaire continue du même coup la personnalité du titulaire de ce patrimoine. Sans dénier tout rôle à cette règle de la continuation de la personne dans le transfert universel, d'une manière générale du patrimoine, et, d'une manière particulière, des contrats, nous pensons que concernant spécialement les sociétés, c'est surtout la règle de la continuité de l'entreprise qui rend toute sa splendeur à ce principe de transfert universel. En effet comme le remarquait une certaine *doctrine* « *la fiction de la personne morale n'a pas la même opacité et l'on peut sans craindre de violer aucune conscience, lever le voile de la société pour rechercher les raisons de ses actes dans l'entreprise.*<sup>273</sup> » Et l'auteur de continuer : « *Derrière la personne morale signataire du contrat, il y a l'entreprise...* ».

**163.** Conscient du rôle essentiel de l'entreprise dans l'économie moderne et contemporaine, le législateur fut, dès cet instant, enclin à lui consacrer toute l'attention qu'elle mérite. On peut ajouter aux différentes lois que nous avons évoquées au chapitre précédent, d'autres textes, tant sur le plan fiscal que social, qui vont également dans le sens de la prise en compte de l'intérêt de l'entreprise. Celle-ci n'étant pas seulement moteur de croissance économique, elle est également vecteur d'innovation<sup>274</sup>. L'absence de la reconnaissance juridique de l'entreprise<sup>275</sup> ne constitue pas, loin s'en faut, un obstacle à son rôle dans le principe du transfert universel. D'ailleurs tant au plan législatif<sup>276</sup> que doctrinal<sup>277</sup>, on note une certaine reconnaissance juridique de l'entreprise. Celle-ci est, souvent, considérée comme un sujet de droit. L'entreprise est, aujourd'hui, omniprésente dans le pouvoir décisionnel du législateur. Elle est passée de l'ignorance vers une certaine consécration, voire une reconnaissance de droit. Cette évolution a été excellemment traduite par DEXPAX<sup>278</sup> qui, déjà en 1957, analysant l'ascension de l'entreprise vers la personnalité juridique, qualifiait celle-ci de sujet de droit naissant. Or, on ne peut vouloir

<sup>273</sup> V. LEDOUBLE D., *L'Entreprise et le Contrat, Introduction à une théorie du comportement juridique de l'entreprise*, th. Rennes, 1978, p. 32.

<sup>274</sup> V. LEDOUBLE D., préc., p. 1.

<sup>275</sup> Encore qu'il est discutable de parler d'absence de reconnaissance au regard des nombreux textes faisant implicitement ou même expressément de l'entreprise un sujet de droit.

<sup>276</sup> V. Les art. 26 et 27 de la loi du 25 janv. 1985 préc.

<sup>277</sup> V. MERCADAL, Op. Cit; LEDOUBLE préc. Qui déclarait : « *Sujet économique tendu vers ses objectifs, l'entreprise se préoccupe des meilleurs moyens d'atteindre à ceux-ci.* ».

<sup>278</sup> V. DEXPAX, *L'Entreprise et le droit*, LGDJ 1957.

protéger l'entreprise en omettant de protéger ses relations contractuelles qui, en tant que moyens de réalisations de ses objectifs, s'inscrivent dans la détermination de sa stratégie<sup>279</sup>. Le contrat, c'est aussi l'expression juridique au travers de laquelle l'entreprise traduit ses décisions stratégiques les plus importantes.

**164.** Au-delà de l'influence de la stratégie de l'entreprise sur le contrat, l'influence de son organisation sur celui-ci n'est pas en reste. Car, comme nous l'avons souligné ci-dessus, le contrat constitue le canevas par lequel l'entreprise exprime ses décisions des plus stratégiques à celles qui le sont moins. Or, ces décisions sont nécessairement soutenues par toute son organisation. Transmettre le patrimoine de l'entreprise, consécutivement à une fusion ou une scission, suppose transférer toute son organisation à laquelle est rattachée le contrat. En affirmant que la transmission est « *universelle* », à la suite d'une fusion ou scission, la loi<sup>280</sup> affirme ainsi une originalité fondamentale qui permet de transférer, par une démarche globale et unique, l'ensemble éléments patrimoniaux tant actifs que passifs de l'entreprise dont font parties les contrats. L'entreprise est bien, en définitive, au cœur de la transmission universelle en dépit de sa non reconnaissance juridique officielle contrairement à ce que pense certains<sup>281</sup>.

---

<sup>279</sup> V. LEDOUBLE préc., p. 34.

<sup>280</sup> V. art L. 236-3 C. com., préc.

<sup>281</sup> En effet, pour CONTAMINE-RAYNAUD, ce qui fonde la règle de la transmission universelle, c'est la théorie de la continuation de la personne de l'entité dissoute et non pas l'entreprise elle-même. Celle-ci, d'après elle, ne peut servir de fondement au principe du transfert universel puisqu'elle n'a pas de personnalité juridique, c'est-à-dire du fait qu'elle n'a pas de reconnaissance juridique.

## TITRE II LES CONDITIONS DE LA CONTINUATION DES CONTRATS A L'OCCASION D'UNE OPERATION DE FUSION ET DE SCISSION

**165. Détermination des conditions de la continuation des contrats-** Nous avons vu que la dissolution sans liquidation d'une personne morale emporte le maintien des contrats à l'actif de son patrimoine au profit de la société bénéficiaire. Si cette solution n'est pas, en soi, discutable, il demeure, cependant, des interrogations. On peut, à cet effet, se demander si ce principe de la pérennité des contrats, en dépit de la disparition juridique de la personne morale contractante, est subordonnée à certaines conditions et, si oui, lesquelles ? En d'autres termes, y a-t-il des critères légaux, quels qu'ils soient, auxquels doit être soumise la dévolution des contrats de la société absorbée ? Il convient de répondre que le législateur n'a donné aucune espèce de précision là-dessus. L'examen de la jurisprudence et de la doctrine, non plus, ne permet pas de dégager les conditions qui commandent la survie des contrats consécutive à la dissolution sans liquidation du contractant personne morale.

**166. Absence des critères d'utilité et d'agrément-** Toutefois, conformément au droit commun<sup>282</sup>, on en conviendra que la survie d'un contrat suppose, nécessairement, qu'il soit en cours au moment de la survenance de l'événement. Ce qui est tout de même assez logique. Aussi, tout naturellement, en cas de fusion et scission, la continuation des contrats conclus, par la société absorbée, requiert que ceux-ci soient en cours au jour de la réalisation définitive de l'opération ( **Chapitre I**). Pour autant, toutes les interrogations ne sont pas dissipées. Car, on peut encore se demander si, en plus d'être en cours, la poursuite du rapport contractuel en cause doit nécessairement comporter, une certaine utilité économique pour la société nouvelle ou absorbante ? Par ailleurs, le cocontractant de la société absorbée doit-il être appelé pour que s'opère cette poursuite du contrat, comme c'est le cas, dans l'hypothèse d'une cession de contrat ? La particularité de la transmission consécutive à la dissolution sans liquidation du contractant personne morale, implique l'indifférence de principe tant de l'utilité du contrat, à la société bénéficiaire, que de l'intervention du cocontractant (**Chapitre II**).

---

<sup>282</sup> Rappelons que l'article L.122-12 alinéa 2 du Code du travail postule la continuation de tous les **contrats** de travail **en cours** au jour de la survenance de la modification dans la situation juridique de l'employeur.

## CHAPITRE I DE LA NECESSITE DUN CONTRAT EN COURS

**166. Plan du chapitre-** La notion de contrat en cours, même si elle implique une certaine référence aux effets du contrat, n'a pas fait l'objet d'une définition explicite de la part du législateur, en droit des fusions et scissions. Même dans les matières où il y est expressément fait référence, elle ne fut pas définie. Par exemple, l'article L.122-12 alinéa 2 du Code du travail et l'article L.621-28 alinéa 1<sup>283</sup> du Code de commerce se contentent de faire uniquement référence à la notion de « contrats en cours » sans essayer de la classer dans une catégorie juridique connue et déterminée du droit commun des obligations. On sait, malgré tout, conformément au droit commun et comme le révèle, à juste titre, un auteur<sup>284</sup>, la condition qu'un contrat soit en cours, exige la réunion de deux critères cumulatifs. Effectivement, deux éléments, solidement établis<sup>285</sup>, permettent d'appréhender quelque cette notion. Pour être en cours, le contrat doit, d'abord, être en cours d'existence (**Section I**) puis, en cours d'exécution (**Section II**). Nous nous demanderons, enfin, si les pourparlers engagés par la société absorbée ou scindée, sont susceptibles d'être recueillis et continués par la société bénéficiaire. En d'autres termes, c'est se demander s'ils peuvent être considérés comme de véritables « contrats en cours » (**Section III**).

### SECTION I UN CONTRAT EN COURS D'EXISTENCE

**167. Notion-** La question de la détermination de ce qu'est un contrat en cours d'existence est d'importance au regard de la place et du rôle du contrat dans le processus de la transmission universelle de patrimoine. C'est pourquoi, nous tenterons de cerner cette notion non définie, comme nous l'avions déjà signalé, par le législateur. Pour être en cours d'existence, le rapport contractuel doit réunir deux caractéristiques. Il doit, d'abord, exister

---

<sup>283</sup> Selon l'article L.621-28 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce « l'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des **contrats en cours** en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur (...) ».

<sup>284</sup> V. E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, L.G.D.J., 1998, p. 137.

<sup>285</sup> V. notamment F. DERRIDA, *La notion de contrat en cours à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire* : R.J.D.A. 1993, p. 399 ; H. CHARLES et F. DERRIDA, *Les contrats administratifs dans les procédures collectives* : D. 1977, chron. P. 29

et ce, antérieurement à l'opération de fusion ou de scission. Le contrat doit, en outre, n'avoir pas pris fin à la date de la réalisation définitive de l'opération. Le contrat en cours d'existence, c'est donc le contrat en vigueur au jour de la fusion ou de la scission, indépendamment qu'il soit à exécution successive ou non<sup>286</sup>, dès lors qu'il réunit tous les critères nécessaires à sa validité. On note ainsi que le critère d'existence du contrat comporte deux aspects indissociables. La naissance du contrat qui, à l'évidence, ne pose pas de difficultés particulières. Par contre, il n'en va pas de même, et c'est le deuxième aspect, de sa disparition. En effet très souvent, il est délicat de déterminer le moment de disparition du contrat, en l'occurrence lorsqu'il est affecté d'une clause de résiliation ou de résolution. Ceci a d'ailleurs beaucoup alimenté l'activité jurisprudentielle dans le domaine voisin de la transmission d'entreprise soumise à une procédure collective<sup>287</sup>.

**168. Le cas du contrat affecté d'une clause de résiliation ou de résolution- *A priori*,** lorsqu'un contrat est frappé d'une résiliation, résolution, rescision ou d'une annulation, et ce, avant que la société contractante n'ait disparu par l'effet d'une fusion ou d'une scission, il est évident qu'il n'est plus en cours. Il en est de même dans l'hypothèse où un contrat à durée indéterminée, fait l'objet d'une dénonciation régulière. En effet, ici également le contrat ne peut être considéré comme en cours et, donc, ne sera pas transmissible puisque la dénonciation produit son effet en dépit de la transmission universelle de patrimoine qui en résulte. Mais, qu'en sera-t-il lorsque le patrimoine de la société qui disparaît, c'est-à-dire la société fusionnée ou scindée, comprend un ou plusieurs contrats affectés d'une clause de résiliation ou de résolution ? Il faut dire que concernant ces hypothèses, nous ne connaissons pas, à l'heure actuelle, de cas jurisprudentiels en droit des fusions et des scissions.

**169. Le contrat n'est en pas cours d'existence-** Tout dépend de la date d'effet desdites clauses. S'il se trouve que la clause de résiliation ou de résolution a déjà produit son effet avant l'opération de fusion ou de scission, il est évident que le contrat ne saurait plus être considéré comme étant en cours d'existence. Par conséquent il ne sera pas transmissible avec le reste du patrimoine puisque dans l'état où celui-ci se trouvait au moment de la fusion ou de la scission, ledit contrat n'existe plus

---

<sup>286</sup> Voir en ce sens Cass. com., 16 février 1988 : Bull. IV, p. 50.

<sup>287</sup> Cf. E. JOUFFIN., op. Cit., p. 142.

Supposons, cette fois-ci, que les délais de mise en œuvre de la clause de résiliation ou de résolution se poursuivent au-delà de l'opération de fusion ou de scission, il peut être intéressant de savoir si le droit de résolution est acquis ou non. Autrement dit, ledit contrat, peut-il être considéré comme étant toujours ou non en cours d'existence ? On peut être tenté d'y répondre négativement étant donné que les délais impartis ne sont pas interrompus ou épuisés. Mais, en réalité le droit de résolution ou de résiliation est bien acquis<sup>288</sup>. En effet, dès l'abord, le cocontractant de la société fusionnée ou scindée disposait déjà de son droit de résolution. Le fait que le délai imparti à la société contractante se soit poursuivi au-delà de l'opération de fusion n'enlève en rien à son droit déjà acquis, qui est celui de résoudre le contrat. On peut rapprocher cette situation d'une hypothèse confirmée en procédures collectives. La Haute juridiction<sup>289</sup> a précisé, à cet égard, que la clause résolutoire qui venait à échéance au-delà du jugement d'ouverture devait recevoir application, le délai offert au débiteur pour s'exécuter ayant commencé à courir antérieurement au jugement d'ouverture.

**170. De la non suspension des procédures judiciaires tendant à rompre certains contrats-** Par ailleurs, il conviendrait de préciser que toutes les actions judiciaires consistant à remettre en cause certains contrats de la société absorbée se poursuivront, en dépit de l'opération de transmission universelle, à l'inverse de ce qui se passe en droit des procédures collectives. On sait qu'en cette matière, l'article 47<sup>290</sup> de la loi du 25 janvier 1985 suspend toutes les actions des cocontractants de l'entreprise en difficulté tendant, notamment, à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent. Or, rien de pareil n'existe pas en droit des fusions et scissions. La transmission universelle impliquant le transfert de l'ensemble des droits, biens et obligations de la société absorbée à la société absorbante, celle-ci sera, par conséquent, tenue de respecter les procédures judiciaires déjà engagées à l'encontre de celle-là. Ce qui nous autorise à affirmer qu'aucune action en justice, tendant à la résolution d'un contrat, ne peut être interrompue ou suspendue par le seul effet de la fusion ou de la scission et ce, d'autant plus que cette transmission universelle s'opère dans l'état où le patrimoine de la société qui disparaît se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération.

---

<sup>288</sup> Comparer avec Aix-en-Provence, 23 novembre 1987.RDI.1988.493.

<sup>289</sup> Cass. Com., 3 avril 1990, D.1991, Somm. 1, obs. DERRIDA.

<sup>290</sup> L'article 47 de la loi 25 janvier 1985 dispose : « *Le jugement d'ouverture suspend ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement audit jugement et tendant (...) à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.* »

**171. La procédure déjà engagée, un droit acquis-** Et justement, au moment où s'est réalisée la fusion ou la scission le cocontractant de la société fusionnée ou scindée disposait déjà de son droit de résolution qui lui est acquis. Rien n'autorise de lui ôter ce droit sous prétexte que la société contractante est en voie de fusionner ou de se scinder. La fusion et la scission ne peuvent, donc, être considérées comme des causes d'interruption ou de suspension d'actions mises en œuvre, antérieurement, et tendant à la résolution ou à la résiliation d'un contrat. D'ailleurs, même en droit des entreprises en difficulté, l'énumération de ces actions n'est que limitative. Puisque seules sont concernées les actions en résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. Ce qui veut dire, *a contrario*, que toutes les actions<sup>291</sup> en résolution fondées sur une raison autre que le non-paiement d'une somme d'argent sont toujours recevables au même titre que les actions en nullité. Ainsi, lorsqu'elles sont efficacement exercées, ces actions mettront fin à la vie du contrat. Lorsque de tels contrats figurent dans le patrimoine de la société absorbée, ils ne sauraient être catégorisés comme étant des contrats en cours. Ils ne sauraient, non plus, être déterminés comme contrats définitivement rompus, puisque la procédure judiciaire n'a pas encore abouti. La seule qualification qui reste valable, et qui reflète beaucoup plus la réalité, sera de les appeler « *contrats en sursis* ».

Mais, le seul fait qu'un contrat soit en cours d'existence, semble insuffisant pour lui donner un véritable statut de contrat en cours. C'est pourquoi, certains estiment que si le contrat en cours est obligatoirement un contrat en cours d'existence, ils affirment, de façon presque unanime, qu'il doit aussi être en cours d'exécution<sup>292</sup>.

## SECTION II UN CONTRAT EN COURS D'EXECUTION

**172. Notion de contrat en cours d'exécution-** Cette deuxième condition, comme la première, du contrat en cours ne fut pas, non plus, définie par le droit des fusions et des scissions. De façon générale, on peut entendre par contrat en cours d'exécution, le contrat dont l'exécution n'est pas achevée<sup>293</sup> à la date de réalisation définitive de la fusion ou de la scission. Plus précisément la détermination de cette qualité chez le contrat se fait, d'abord,

---

<sup>291</sup> Voir article 47 L. 25 janvier 1985 op. cit.

<sup>292</sup> V. M.-H. MONSERIE, op. cit., note bas de page n°449, p. 148.

<sup>293</sup> V. MARTIN-SERF A., op. cit., p. 8.



par rapport aux conditions ou termes affectant les obligations des parties. Elle s'opère, ensuite, en se référant à l'étendue des obligations existantes.

**173. Problématique du contrat en cours d'exécution-** Dans cette quête de savoir si un contrat est en cours d'exécution, une série de questions doit être posée. D'abord, un contrat en suspension au jour de la réalisation définitive de l'opération de fusion et scission, peut-il être considéré comme étant en cours d'exécution ? (§.1). Ensuite, le contrat en cours affecté d'une condition ou d'un terme, est-il un contrat en cours d'exécution ? (§.2). Enfin, jusqu'à quel moment est-il possible de dire qu'un contrat est toujours en cours d'exécution ? (§.3). Mais, une autre difficulté peut survenir si le cocontractant de la société absorbée ou scindée est un étranger. En cette occurrence, le droit français des fusions s'appliquera-t-il conformément à son effet territorial ? En d'autres termes, quel est l'effet des fusions et des scissions sur les contrats internationaux en cours, conclus par la société absorbée ? (§.4.).

### **§.1. Le sort des contrats suspendus**

**174. Hypothèses de contrats suspendus-** Cette catégorie de contrats apparemment anodine, se révèle, en pratique, plus délicate à appréhender. Signalons, préliminairement, que le contrat suspendu est le contrat dont l'exécution des prestations est provisoirement mise en veille<sup>294</sup>. C'est ainsi qu'avant de déterminer si un contrat, affecté d'un tel mécanisme, est susceptible de continuation (II), il serait utile de voir ce qui peut créer le créer (I).

### **I. Les causes créatrices de la suspension**

**175. Cas de suspension-** La suspension peut venir autant de la force majeure que de la mauvaise volonté de l'un des cocontractants, et affecter ainsi le contrat en cours au moment de la réalisation de la fusion ou de la scission. La suspension d'un contrat suspendu peut être due à plusieurs facteurs.

---

<sup>294</sup> Le lexique des termes juridiques définit la « suspension », en se référant au contrat du travail, comme une interruption momentanée des effets du contrat sans qu'il y ait rupture. Par exemple la grève, la maladie de courte durée, la maternité et les congés entre autres suspendent le contrat de travail : Lexique des termes juridiques, 13<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2001, p. 531.

**176. La suspension provoquée par un cas de force majeure-** L'impossibilité d'exécuter le contrat peut venir d'un cas de force majeure. Il revient de faire, ici, une distinction. Le cas de force majeure peut, en premier lieu, rendre l'exécution totalement impossible. Au regard des éléments qui caractérisent un tel événement<sup>295</sup>, on comprend bien, en l'espèce, le contrat ne peut être considéré comme étant en cours d'exécution. En revanche, lorsque cette force majeure est temporaire, sa disparition, ultérieure, permettra au contrat de retrouver sa dynamique d'exécution antérieure.

**177. La suspension provenant des parties-** L'impossibilité d'exécution du contrat peut trouver son origine dans le comportement de l'une des parties contractantes, qui refusera d'exécuter le contrat. De l'examen des circonstances de droit, on peut déceler deux variantes. D'abord, la suspension peut être due à une inexécution non fautive de la part du cocontractant. Il en est ainsi du contrat de travail, lorsque le salarié est appelé au service national<sup>296</sup>. De même lorsque le salarié est en grossesse<sup>297</sup> ou en congé parental<sup>298</sup>. La même cause de suspension se trouve en matière d'assurance. En cas d'assurance d'un bien, il est prévu que le contrat est, *de facto*, suspendu, lorsque l'usage du bien est réquisitionné<sup>299</sup>.

**178. L'inexécution fautive, cause de la suspension-** Il peut, exceptionnellement, arriver que la suspension soit provoquée, cette fois-ci, par un comportement fautif d'une des parties au contrat. Dans un tel cas, l'autre partie peut momentanément, à son tour, refuser d'exécuter sa propre obligation. A titre d'exemple, l'assuré qui ne paie pas ses primes, verra sa garantie suspendue par l'assureur. Il convient de ne, toutefois, pas confondre ce cas d'inexécution avec l'exception d'inexécution. Celle-ci, à l'inverse de la première, est un moyen comminatoire. De plus, la suspension du contrat emporte la disparition de ses effets, fût-ce celle-ci provisoire, tandis qu'en cas d'exception d'inexécution, les obligations subsistent. Il n'y a que leur exécution qui est momentanément différée.

---

<sup>295</sup> Il faut préciser que pour être qualifié de force majeure, l'événement doit absolument avoir une origine externe, c'est-à-dire qu'il doit être étranger à la personne de celui qui l'invoque. Les événements généralement cités en exemple sont : la force de la nature, le fait du prince ou le fait d'un tiers.

<sup>296</sup> V. C. trav., art. L.122-21.

<sup>297</sup> V. C. trav., art. L.122-26.

<sup>298</sup> V. C. trav., art. L.521-1.

<sup>299</sup> V. C. assur., art. L.160-6.

**179. Distinction du contrat suspendu du contrat éteint-** On notera, en outre, qu'on confond souvent, en pratique, contrats suspendus et contrats éteints<sup>300</sup>. Ce qui est évidemment inexact. Le contrat est éteint lorsqu'il a définitivement cessé de produire effet. C'est un contrat qui n'existe plus. Or, il n'en est rien de tout ceci lorsqu'il s'agit du contrat suspendu. Celui-ci, comme l'indique l'épithète, constitue un rapport de droit non encore dissout. Un tel évènement est, en général, la résultante d'une impossibilité d'exécution provisoire, c'est-à-dire en quelque sorte d'une perturbation<sup>301</sup> momentanée affectant la relation contractuelle. En effet, face à une telle situation, les parties au contrat, c'est-à-dire le cocontractant et la société qui disparaît, peuvent choisir de laisser le contrat momentanément mis en veille, au lieu de le rompre.

## **II. Le contrat suspendu, un contrat en cours d'exécution**

**180. Existence du contrat suspendu-** Le contrat suspendu, étant différent d'un contrat éteint, on doit, à cet égard, être le considérer comme en cours d'exécution. Il faut établir que lorsque disparaîtront les causes de sa suspension, ses effets réapparaîtront. Ce qui impliquera réapparition des obligations des parties. Le contrat retrouvera, ainsi, toute sa dynamique. Aussi, rien ne saurait empêcher, dès lors, sa transmission.

**181. Du principe de continuation du contrat suspendu-** La société nouvelle ou absorbante peut prévaloir du principe de la transmission universelle et reprendre à son compte tous les contrats qui en sont affectés. Cette solution se justifie, étant donné que, durant la suspension, l'existence du contrat, ni sa substance ne sont pas remises en cause. Ce n'est que son exécution qui est reportée. La reprise d'effets du contrat mérite, cependant, quelques précisions, liées à sa durée. Concernant, d'abord, les contrats à durée indéterminée, la reprise, à notre avis, ne pose pas de problèmes spécifiques, puisque aucune limite de temps ne détermine la vie du contrat. Tout logiquement, la convention reprend son cours normal et ce, dès la période de suspension terminée. La situation est légèrement différente, par contre, en ce qui concerne les contrats à durée déterminée. Ici, la reprise de l'exécution est liée à la durée de la suspension. Ainsi, si le contrat arrive à son terme pendant la phase de celle-ci, l'exécution dudit contrat ne pourra reprendre. Si, au

---

<sup>300</sup> V. E. JOUFFIN, op. cit. p. 159.

<sup>301</sup> Cf. MOUSSERON J.-M., « *Technique contractuelle* », 2<sup>e</sup> éd., F. LEFEBVRE, 1999, p. 503, n°1330.

contraire, il arrive à son terme après la période de suspension, l'exécution du contrat se poursuivra, dès lors, normalement. Et c'est le même contrat qui continue dans toutes ses dispositions et conditions. On remarque, en définitive, que le contrat suspendu reste un contrat en cours d'exécution. Une telle analyse sera beaucoup plus délicate lorsque le contrat, au lieu d'être suspendu, est affecté de certaines modalités.

## **§.2. L'influence de la condition et du terme sur la qualification de contrat en cours en droit des fusions et scissions e**

**182. Précisions-** L'étude du sort de ces contrats nous permettra de résoudre la délicate interrogation qui est celle de savoir à partir de quand un contrat peut-il toujours être considéré comme étant en cours ? L'exécution, il faut le souligner, représente un composant fondamental du contrat. C'est l'élément créateur des obligations des parties. Par conséquent, elle est nécessaire dans la détermination du contrat en cours. Pour autant, peut-on vraiment se permettre de limiter les contrats en cours aux seuls contrats en cours d'exécution ? Le penser semble discutable. Car, au regard de la notion même du patrimoine, tous les actes, créateurs d'obligations, mériteraient d'être pris en compte et participer, ainsi, à la transmission de l'entreprise. C'est dans cette perspective que s'inscrit l'étude des contrats affectés d'une condition (I) ou d'un terme (II). Elle permettra de découvrir, comme l'affirmait un auteur<sup>302</sup>, que la notion de contrats en cours ne doit pas être pris dans son sens le plus absolu.

### **I. Le contrat conditionnel, un contrat en cours d'exécution ?**

**183. Détermination de la condition-** Modalité de l'obligation faisant dépendre son exécution d'un événement futur et incertain, la condition se divise en deux variétés selon ses effets. Elle peut être soit suspensive, soit résolutoire<sup>303</sup>. Dans le premier cas, le droit naît, de manière rétroactive, lorsque l'événement se produit. Appliquée au contrat, des précisions s'imposent. D'abord, il se peut que la condition affecte la formation même du contrat. Dans une telle hypothèse, on ne peut pas parler de contrat en cours d'exécution. En

---

<sup>302</sup> Cf. JOUFFIN, op. Cit., p. 155, n° 200.

<sup>303</sup> V. C. civ., art. 1168. et s.

d'autres termes, la société absorbante ne peut pas prétendre recueillir un tel contrat. La formation du contrat étant différée à une date ultérieure, l'exigence relative à l'existence juridique d'un contrat en cours d'existence ne se trouve pas remplie<sup>304</sup>. On peut, à cet égard, se référer à l'exemple du contrat cité par la loi du 10 janvier 1978<sup>305</sup>. Celle-ci décide que, dans le cas où le paiement du prix de vente doit être financé par un crédit, le contrat ne peut être créé tant que l'acheteur n'a pas accepté l'offre du prêteur.

**185. Condition suspensive retardant l'exécution du contrat-** On peut, toutefois, imaginer que les contractants aient décidé de se lier immédiatement, mais tout en différant à une date ultérieure l'exécution du contrat. Peut-on considérer, dans ce cas-ci, que le contrat est en cours ? On peut être tenté de répondre négativement, puisque l'exécution du contrat n'a pas encore commencé. Pourtant, juridiquement, ce contrat existe, les parties s'étant définitivement engagées. Elles n'ont fait que reporter son exécution. Or, ce report ne constitue qu'un détail, n'affectant pas la validité du contrat. C'est d'ailleurs ce qu'a jugé la Haute juridiction, sous le visa de la loi du 13 juillet 1967, à propos d'une vente sous condition suspensive<sup>306</sup>. Cette solution doit être approuvée. On peut très bien imaginer deux parties conclure un contrat de vente d'immeuble, tout en reportant ultérieurement aussi bien le transfert que le paiement du prix. Cela n'empêchera pas pourtant à ce contrat d'appartenir à la catégorie des contrats en cours. Une telle solution, nous l'admettons, paraît étrange, aucune exécution n'étant faite. Il reste que, dans la détermination des contrats en cours, le critère d'exécution effective est facteur d'exclusion, de cette catégorie, des contrats dans lesquels les obligations sont juridiquement valables, même si elles ne sont pas encore exécutées à la date de la réalisation définitive de l'opération.

**186. La condition résolutoire-** Ce deuxième cas de condition ne mérite pas un commentaire particulier. Tant que l'événement futur ne se serait pas réalisé avant l'opération de fusion ou de scission, le contrat existe toujours. Son existence juridique ne faisant pas de doute, il appartient bien à la catégorie de contrat en cours. Il doit, par conséquent, être transmissible. En dehors de la condition, une autre modalité est susceptible de poser des difficultés dans la qualification du contrat.

---

<sup>304</sup> V. V. J. GHESTIN, *Traité des contrats, La vente*, L.G.D.J., 1998, p. 623, n°557. Selon cet auteur, la condition, en ce cas-ci, retarde la formation du contrat. N'étant pas formé, il ne saurait, dès lors, être considéré comme en cours.

<sup>305</sup> Il s'agit de la loi « *sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services* ».

<sup>306</sup> V. Cass. com., 18 novembre 1980: D. 1981, p. 131, note A. H.

## **II. Le contrat à terme, un contrat en cours ?**

**187. Des contrats affectés d'un terme-** Il faut d'emblée préciser que les cas de contrats affectés de terme extinctif ne soulèvent pas de difficultés particulières. Ceci parce que, en toute logique, le contrat avant l'arrivée du terme se poursuit normalement. En effet, lorsque certains contrats de la société fusionnée ou scindée sont affectés d'un terme extinctif et que celui-ci n'est pas survenu au moment où se réalisait la fusion, il est évident que ces contrats sont toujours en cours d'exécution. Par conséquent, ils passent à la société bénéficiaire.

**188. De quelques difficultés à propos du terme-** Il se peut, toutefois, comme dans le cas de la condition, que le cocontractant et la société absorbée expriment le souhait de soumettre l'exécution du contrat à un terme. Autrement dit, de différer son exécution à une date ultérieure. Il s'agit alors, dans ce cas précis, d'un terme suspensif et non extinctif. Et contrairement à la condition, le terme suppose que l'exécution du contrat, dont la prise d'effet est repoussée, est subordonnée à la réalisation d'un événement, certes futur, mais certain. Qu'en sera-t-il lorsque de tels contrats figurent dans le patrimoine de la société absorbée ou scindée ? Peut-on considérer, alors même qu'il n'y a eu aucune prestation exécutée, que ces contrats sont en cours d'exécution et passer à l'actif de la société nouvelle ou absorbante ? La réponse qu'on serait tenté d'apporter pourrait consister à refuser la continuation de ce contrat. En effet, il est possible de dire que du moment où aucune obligation n'a été réalisée ou commencée de l'être, on ne conçoit pas comment on pourrait considérer que la convention en cause est en cours d'exécution. La condition d'exécution en cours n'étant pas remplie, on ne voit pas comment ladite convention fera partie de la transmission universelle. Mais, cette réponse, malgré son apparence, n'est guère convaincante. Et ceci pour plusieurs motifs. Le premier, il faut le relever, est que le contrat est bel et bien valablement conclu. Les parties contractantes se sont bien accordées sur la forme et le contenu du contrat. Il n'y a pas de doute possible sur ce point. Ce n'est que la date d'exécution qui a été reportée. Ainsi, ledit contrat, juridiquement, existe. Le deuxième motif qui nous conforte à penser que la première réponse n'est pas convaincante est celui-ci : certes aucune prestation n'a été fournie puisqu'il n'y a pas eu d'exécution mais, on peut affirmer que celle-ci est en gestation. Puisque les deux parties se sont

accordées sur le contenu du contrat et, donc, des obligations, et que seule la date d'exécution a été reportée. On peut dès lors dire que l'exécution des obligations est en germe. La date d'exécution, par principe, venant quoi qu'il arrive. N'oublions pas que même si le terme est un événement futur, il n'en demeure pas moins que sa survenance est certaine contrairement à celle de la condition. La jurisprudence semble d'ailleurs de cet avis même si son intervention s'est produite sur un terrain voisin qui est celui de la transmission d'entreprise après mise en redressement judiciaire. Pour la chambre commerciale<sup>307</sup> de la Cour de cassation, dans ce cas de figure, ce qui importe d'être pris en considération, c'est la gestation de l'obligation. Elle considère que l'obligation soumise à terme constitue une réalité juridique vivante et est, à ce titre, transmissible. D'autant plus que cette obligation ne peut faire l'objet d'une remise en cause unilatérale par les contractants qui demeurent tenus de ne rien faire qui puisse compromettre la future exécution du rapport contractuel. On comprend là encore que le contrat affecté d'un terme est transmissible car constituant un contrat en cours d'exécution.

**189.** S'il est facile de déterminer que le contrat soumis à un terme peut s'identifier à une hypothèse où il n'y a pas d'exécution, on peut s'interroger de savoir, à l'inverse, la portée de la subsistance de certaines obligations sur la notion d'exécution en cours.

### **§.3. Influence des caractères de l'exécution sur la notion de contrat en cours**

**190. Rappel-** Rappelons que, pour être considéré comme en cours, le contrat, au-delà de son existence, doit également être en cours d'exécution. Ce deuxième critère, cumulatif avec le premier, suppose ainsi que l'exécution dudit contrat ne soit pas définitive au moment de la réalisation définitive de la fusion ou de la scission. Mais, comment faudrait-il entendre cette notion de « contrat en cours d'exécution ? » En d'autres termes, doit-on oui ou non nuancer sa perception ? Cette question est, à notre avis, légitime. Car, il peut très bien arriver au moment où se réalisait la fusion ou la scission, que certaines obligations, pas toutes, du contrat se trouvent déjà exécutées. Ceci étant, on pourrait, dès lors, se demander l'incidence qu'auraient les obligations restantes sur l'exécution ultérieure de ce contrat ? La réponse à cette question, faut-il le remarquer, nécessiterait

---

<sup>307</sup> Com., 16 février 1988, Bull. civ. IV, n° 72, p. 50.

qu'on s'entende avant tout sur la nature des obligations en cause, c'est-à-dire des prestations déjà exécutées. En d'autres termes, doit-on entendre par contrat en cours un contrat dont la prestation essentielle n'a pas été effectuée au jour de la fusion ou de la scission ou, au contraire, un contrat dont il existe encore des prestations quelles qu'elles soient ? Il faut retenir qu'en droit des fusions et des scissions, le caractère principal ou secondaire de l'obligation n'a pas d'influence sur la notion de contrat en cours (II). On peut également se demander si le caractère successif ou instantané du contrat est susceptible d'influencer son exécution ultérieure. Ici aussi, il est permis de relever l'absence d'une quelconque influence du caractère successif ou instantané du contrat sur sa future exécution (I).

### **I. Indifférence de principe du caractère successif ou instantané du contrat sur sa transmission**

**191.** S'agissant du contrat successif, on peut examiner son influence sous deux angles. En premier lieu la convention sous forme successive à durée déterminée qui demeure malgré tout un contrat en cours. Ceci est valable en effet tant que l'échéance prévue au moment de sa conclusion n'est pas intervenue. Le principe de la force obligatoire interdit<sup>308</sup>, on le sait, toute remise en cause anticipée d'une telle catégorie de contrat. Ainsi, un tel contrat peut très bien recevoir la qualification de contrat en cours et être recueilli par la société bénéficiaire de la fusion ou de la scission.

**192.** De même la notion de contrat en cours s'applique au contrat successif à durée indéterminée. En effet la durée indéterminée du contrat n'a aucune influence sur son exécution ultérieure. La durée, ici, n'enlève en rien au contrat sa dynamique. En revanche, contrairement à la première hypothèse, lorsque le contrat successif est à durée indéterminée, les parties retrouvent leur droit de rupture unilatérale. La seule restriction à ce droit de rupture unilatérale est constituée par l'observation d'un certain délai de préavis<sup>309</sup>.

---

<sup>308</sup> V. C. civ., art. 1134.

<sup>309</sup> Il faut préciser que ce délai de préavis est fixé soit contractuellement, soit par la loi, soit encore par les usages relatifs au type de la convention en cause.



## **II. Indifférence du caractère principal ou subsidiaire de l'obligation contractuelle à exécuter**

**193. Exécution des obligations principales-** Supposons que les obligations essentielles relevant du contrat en cause soient exécutées avant l'approbation de la fusion par l'assemblée générale de la société absorbante. Peut-on considérer que ledit contrat soit toujours en cours alors même qu'il n'a pas épuisé tous ses effets ? Autrement dit, quelle serait la portée de l'exécution des prestations essentielles du contrat sur son exécution future ? Ou encore, inversement, on peut se demander l'effet qu'auraient les obligations subsidiaires du contrat sur l'existence de son exécution ultérieure. Il est vrai, et c'est un truisme de le dire, qu'une convention déjà anéantie avant une opération de fusion ou de scission ne peut plus être considérée comme en cours et, donc, ne peut être transmise à la société nouvelle ou absorbante. Toutefois, qu'en est-il lorsque l'exécution ultérieure du contrat ne dépend que d'obligations secondaires ?

**194. Composition des obligations contractuelles-** Un contrat est, souvent, composé d'obligations principales et subsidiaires, distinction qui a nourri des controverses tant doctrinales que jurisprudentielles en droit des procédures collectives<sup>310</sup>. Cela est-il susceptible d'exercer une quelconque influence sur la qualification de contrat en cours, en droit des fusions et des scissions ? Cette question est légitime puisque depuis quelque temps, le juge semble faire de cette distinction un critère de détermination de la notion de contrat en cours<sup>311</sup>.

**195. Les conceptions du contrat selon la nature des obligations-** -Deux conceptions s'affrontent. Une première, restreinte, pour laquelle un contrat n'est plus en cours dès lors que son obligation principale a été exécutée (**A**). Pour cette conception, la survie d'une obligation accessoire ne peut autoriser de considérer que le contrat est en cours. A l'inverse, pour la deuxième conception (**B**), un contrat doit être considéré en cours lorsqu'il peut encore produire des effets fussent-ils secondaires. Il convient d'étudier ces deux conceptions, afin de déterminer laquelle des deux sied le mieux au cas de transfert universel du patrimoine.

---

<sup>310</sup> V. E. JOUFFIN, op. Cit.

<sup>311</sup> V. E. JOUFFIN, *ibid.*

## A. Le contrat en cours : une notion restreinte ?

**196. Définition de la conception restrictive-** Le contrat en cours, perçu sous cet angle, implique qu'il n'est plus en cours dès lors que la prestation essentielle a été exécutée. C'est-à-dire que lorsqu'un contrat, compris dans le patrimoine à transférer, ne tient sa survie que des seules obligations secondaires, il ne peut, de ce fait, être considéré en cours<sup>312</sup>. Par conséquent, il ne saurait être transmissible, c'est-à-dire être recueilli par la société bénéficiaire de l'apport patrimonial. Cette analyse est, semble-t-il, largement partagée par nombre d'auteurs<sup>313</sup>. Au soutien de cette thèse, on peut exposer diverses opinions tant doctrinales que jurisprudentielles.

**197.** Selon M. DERRIDA, « *lorsque les principales prestations attendues ont été fournies avant le jugement, le contrat n'est plus en cours, même s'il n'a pas produit tous ses effets.*<sup>314</sup> » Au plan jurisprudentiel, plusieurs arrêts vont dans le sens de la conception restrictive du contrat en cours<sup>315</sup>. Dans un arrêt, la chambre commerciale a réaffirmé cette même position<sup>316</sup>, position qui est d'ailleurs discutable.

## B. Le contrat en cours : une notion large ?

**198. Le contrat en cours, entendu de manière large-** Cette deuxième, contrairement à la première, se veut plus vaste. Ce débat sur la perception de la notion de contrat en cours, à notre connaissance, n'a pas eu lieu en droit des fusions et des scissions. C'est en droit du redressement judiciaire qu'il a le plus soulevé de controverses<sup>317</sup>.

Selon cette conception, dès lors qu'il subsiste des obligations, quelles qu'elles soient, le contrat doit être appréhendé comme étant en cours. L'essentiel est que son objet ne soit pas totalement réalisé ou que son terme ne soit pas arrivé. Le fait qu'une seule des parties demeure tenue de certaines obligations suffit à considérer que ledit contrat reste en

<sup>312</sup> Cf. Cass. Com., 9 avril 1991 cité par JOUFFIN E ; op. cit., p. 162.

<sup>313</sup> V. JOUFFIN E., op. Cit., n°209, p. 161.

<sup>314</sup> V. JOUFFIN E., op. Cit., p. 161.

<sup>315</sup> CA Paris 24 avril 1992, Rev. Droit Bancaire et de la Bourse 1993, p. 101, obs. CAMPANA et CALENDINI; Com., 2 mars 1993, Rev. Banque, mars-avril 1994, n°34, p. 12, note CALENDINI.

<sup>316</sup> Cass. Com., 28 février 1995, JCP éd. E, 1995, Pan. 496, JCP éd. E, études et chron. 487, p. 358 cités par JOUFFIN E., p. 163.

<sup>317</sup> Cf. JOUFFIN E., op. Cit., p.158 et s.

cours d'exécution. Et c'est cette perception qu'avait retenue la Cour d'Aix-en-Provence<sup>318</sup>. Cette juridiction avait considéré qu'un contrat de vente est toujours en cours d'exécution alors même que « *dès la conclusion du contrat les vendeurs ont transféré la propriété des biens (...) et entièrement satisfait à leurs obligations* ». Et l'unique obligation qui restait et qui avait emporté la conviction de cette juridiction, était le paiement des arrérages<sup>319</sup>. Lorsqu'on analyse de près cette conception, on ne peut s'empêcher de relever qu'elle a une perception non dynamique du contrat. L'intervention jurisprudentielle s'est également exprimée dans le domaine du crédit<sup>320</sup>. La haute juridiction avait conclu dans un arrêt qu'en dépit de la remise intégrale des fonds à l'emprunteur antérieurement à la décision d'ouverture de la procédure, que le contrat devrait être considéré comme en cours d'exécution. Le critère retenu par la cour était que la seule subsistance de l'obligation de remboursement suffisait à considérer que le contrat était toujours en cours. Remarquons que cette décision n'a fait que confirmer une position déjà adoptée par la Cour de cassation<sup>321</sup>.

**199.** A notre avis cet affrontement entre conceptions extensive et restrictive ne peut être transposée en droit des fusions et des scissions. Dans ces domaines-ci, elles ne peuvent avoir un quelconque effet sur la notion de contrat en cours. On peut déduire du texte de l'article L.236-3 du C. com., que tout contrat, dès lors qu'il comporte encore quelques obligations, est en cours et doit de ce fait suivre le même sort que les autres éléments du patrimoine social. En effet, ce texte dispose que la transmission universelle du patrimoine se fait « *... dans l'état où il( c'est-à-dire le patrimoine) se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération.* » Ainsi, le législateur en affirmant que le patrimoine est transmis dans l'état où il se trouve au moment de la réalisation définitive desdites opérations, voulait signifier par là-même que tous les éléments composants le patrimoine social le sont également ipso jure. Autrement dit, tous les éléments formant le patrimoine sont de plein droit transférés dans l'« *état où ils se trouvent* » à la date où la fusion ou la scission est juridiquement réalisée. Les contrats, en tant qu'instruments essentiels de l'entreprise, compris dans le patrimoine de celle-ci, sont, eux aussi, transférés dans l'état où ils trouvent à la date de la transmission universelle. Peu importerait donc que l'essentiel des obligations fût exécutée. Le seul fait qu'il existe encore quelques prestations à exécuter, fussent-elles

<sup>318</sup> V. Aix-en-Provence, 15 avril 1977, D. 1977, IR 379, obs. DERRIDA cité par JOUFFIN E., op. cit., p. 160.

<sup>319</sup> Aix-en-Provence, op. cit.

<sup>320</sup> Selon cet auteur, c'est là où la jurisprudence s'est le plus exprimée : V. JOUFFIN E., op. cit.

<sup>321</sup> Versailles 13è Ch., 12 novembre 1991 : JCPE 1992, I, 195, n°11 cité par JOUFFIN E., op. cit.

secondaires, suffit à considérer que le contrat en cause est en cours et, donc, à autoriser son transfert à la société bénéficiaire.

**200.** On peut, cependant, remarquer, que la conception extensive du contrat en cours constitue une conception qui va dans le sens de la défense de l'unité du contrat. En effet, en vertu de cette conception le contrat est un. Et de ce fait, ce n'est pas parce que la principale prestation est exécutée que pour autant, le contrat n'existe plus. La subsistance d'obligations même secondaires suffit à conserver au contrat sa vitalité. En serait-il autrement que cela pourrait engendrer des conséquences difficiles à mesurer. Supposons qu'au moment de l'approbation de la fusion par l'assemblée générale de la société absorbante, un des contrats à l'actif de la société absorbée ne comporte encore que des obligations secondaires. Et que l'absorbante refuse de continuer le contrat en alléguant que ledit contrat ne tient sa survie que d'obligations secondaires. Le cocontractant de la société absorbée peut ne pas l'entendre de cette manière et trouver intérêt à ce que le contrat soit exécuté dans son intégralité. Ce qui est logique. Le contrat n'est-il pas la « *loi des parties* » qui l'ont conclu ? Retenir la solution contraire reviendrait à léser le cocontractant qui, peut-être, attend beaucoup de l'exécution de ces obligations. D'ailleurs les parties n'ont pas les mêmes intérêts vis-à-vis des obligations qui les lient. Une obligation principale ne présente pas forcément les mêmes intérêts pour les deux parties. Par exemple, il est établi qu'en matière de vente d'immeuble l'obligation principale est le transfert de la propriété. Si cette obligation est importante pour l'acheteur, pour le vendeur la prestation qui lui est précieuse c'est, au contraire, le prix. Ainsi, la logique juridique requiert que le contrat soit exécuté dans son intégralité. Les parties ont toutes les deux droit à jouir des prestations, quelle que soit leur nature, qui leur sont octroyées par le contrat. Ce serait préparer le terrain à l'insécurité juridique que de vouloir cantonner l'exécution du contrat à ses seules obligations principales.

**201.** Par ailleurs la survie de l'objet du contrat ne requiert-elle pas que celui-ci soit continué ? L'objet d'un contrat, c'est connu, n'est autre chose que les prestations que les contractants avaient en vue à la date de conclusion de la convention. Il désigne donc les prestations à propos desquelles l'accord des parties est intervenu mais, aussi, autour desquelles s'ordonne l'économie du contrat<sup>322</sup>. Aussi, peu importe que les obligations restantes soient secondaires ou pas. L'essentiel étant que toutes les prestations qu'avait

---

<sup>322</sup> RIPERT et BOULANGER, Traité de droit civil, t. II, obligations et droits réels, LGDJ, 1957, n° 241.

pour objet le contrat ne soient pas totalement réalisées. Par exemple, en matière de prêt d'argent, le fait d'affirmer que le contrat ne peut être considéré en cours parce que la somme d'argent a été entièrement versée ne peut s'appliquer en droit des fusions. Dans le contrat de prêt d'argent, il y a deux obligations : l'obligation de versement de la somme convenue et celle du remboursement. En affirmant que la subsistance de l'obligation de remboursement est subsidiaire et qu'elle ne permet pas de considérer que le contrat de prêt est en cours<sup>323</sup>, c'est priver le cocontractant d'être remboursé. Ce serait, par ailleurs, transformer un contrat synallagmatique en un contrat unilatéral. Ce qui est loin d'être le cas dans cette hypothèse. Aussi, le critère de la subsistance de l'obligation principale doit-il être rejeté comme fondement de la notion de contrat en cours. Lorsqu'il y a un contrat, on n'a pas, en principe, en droit des fusions, à se demander si les obligations existantes sont des obligations principales ou accessoires. L'important étant que ce contrat existe et qu'il soit en cours d'exécution. En d'autres termes, ce qui importe c'est que ce contrat comporte encore des prestations exécutoires. En définitive, qu'elles soient secondaires ou principales, la nature des obligations restantes est indifférente à la détermination de la notion de contrat en cours, en droit des fusions et des scissions. En revanche, qu'en est-il lorsque ce contrat en cours comporte un élément d'extranéité ?

#### **§.4. L'influence des fusions et scissions sur les contrats internationaux figurant dans le patrimoine de la société absorbée**

**202.** A une époque où la conquête de marchés est devenue une sorte de nécessité impérieuse, les entreprises se livrent à une véritable bataille dans l'optique soit de renforcer leurs positions, soit d'acquérir d'autres parts de marchés, et ceci a eu pour conséquences, entre autres, le fait qu'on assiste aujourd'hui à un développement extraordinaire du commerce international. En effet, on remarquera que depuis la fin de la deuxième conflagration mondiale, le commerce international connaît une expansion progressive sans précédent<sup>324</sup>. La fin de ce conflit a suscité le développement des échanges commerciaux internationaux dû, notamment, d'une part, à la recherche de nouveaux marchés par les Etats Unis d'Amérique et, d'autre part, aux exigences de reconstruction et de consommation d'un continent européen sorti exsangue d'une terrible guerre. Ce qui a

<sup>323</sup> Com., 9 avril 1991, op. Cit.

<sup>324</sup> V. SANDRETTO R., *Le commerce international*, Paris, 1995, p. 8.

entraîné pour conséquence un bouleversement de l'environnement juridique mondial caractérisé par l'existence d'organismes internationaux<sup>325</sup> et régionaux<sup>326</sup> ainsi que des dispositions internationales régissant les relations d'affaires internationales. Toutefois, l'environnement juridique international n'est pas uniquement caractérisé par l'existence d'institutions internationales ou régionales. On note aussi la prolifération de rapports juridiques, c'est-à-dire de contrats liant les différents acteurs sur la scène mondiale. En effet, quelle serait l'utilité de ces organismes et règles internationaux s'il n'y a pas de rapports à régir, en d'autres termes s'il n'existe pas de relations d'affaires internationales. Or, celles-ci sont particulièrement caractérisées par la conclusion de contrats dans divers domaines. En effet, si le commerce international connaît, en cette ère de mondialisation tant économique que financière un essor sans précédent, on peut dire sans risque de se tromper que le développement des contrats internationaux y est pour quelque chose. L'un ne va pas sans l'autre. Instruments juridiques par excellence des activités commerciales internationales, les contrats internationaux nous inspirent deux interrogations qui seront successivement analysées. Avant de déterminer l'influence d'une fusion ou scission sur les contrats de caractère international conclus par la société absorbée (II), s'impose la nécessité de définir la notion de contrat international (I).

## I. La notion de contrat international

**203.** La notion de « *contrat international* » n'a pas été spécifiquement définie par aucune disposition du droit international, qu'elle soit d'origine conventionnelle ou « *mercatoriale* <sup>327</sup> ». Sa détermination provient, ainsi, tout naturellement de celle donnée au contrat en tant que tel par les différents droits nationaux qu'ils soient de la famille romano-germanique ou de celle de la *common-law*. En Espagne, il y a « *contrat dès lors qu'une ou*

<sup>325</sup> C'est le cas notamment de l'O.M.C (Organisation mondiale du commerce), créée à Marrakech le 15 avril 1994 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995 ou de l'O.C.D.E (Organisation de coopération et de développement économique) qui a succédé à l'O.E.C.E (Organisation européenne de la coopération économique) issue du plan Marshall.

<sup>326</sup> C'est le cas notamment de l'A.E.L.E (Association européenne de libre échange) créée en 1960, de l'E.E.E (Espace économique européen), créé par l'accord de Porto le 2 mai 1992, de l'A.L.A.L.C ( Association latino-américaine de libre commerce, créée en 1960, de N.A.F.T.A (North american free trade association), en français A.L.E.N.A, créée en 1992, de l'A.L.E.A ( Accord de libre échange asiatique) créé en 1992 et de la C.E.D.E.A.O ( Communauté économique et douanière des états de l' Afrique de l'ouest).

<sup>327</sup> La *lex mercatoria* est un ensemble d'usages dont la pratique est généralisée sur le plan international, formant ainsi un véritable droit coutumier international. Même si ce droit ne possède pas cette capacité d'offrir des solutions à l'ensemble des interrogations que pourrait soulever un contrat, les parties ont la possibilité de s'y référer expressément ou tacitement : Sentence arbitrale CCI in JDI, 1987.1012 à 1018. Dans un arrêt, la Cour d'appel soutenait d'ailleurs, qu'à défaut de compétence législative déterminée, la *lex mercatoria* est un ensemble de dispositions de caractère international ayant vocation à s'appliquer : CA Paris, 13 juillet 1989, Rev. crit. DIP, 1990, n° 2, p. 307.

*plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner une chose ou à faire quelque chose*<sup>328</sup> ». Ce qui ressemble fortement à la définition que donne le droit français selon laquelle « *le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* »<sup>329</sup>. Selon la législation britannique, le contrat n'est autre chose qu'un accord de volontés donnant naissance à des obligations qui sont juridiquement obligatoires ou reconnues<sup>330</sup>. On en conviendra, tout ceci ne donne pas une définition précise du contrat international. En effet, à supposer que l'on puisse affirmer qu'un contrat est international dès lors qu'il présente des points de contact avec le droit de plusieurs Etats ou avec le droit international<sup>331</sup>, se pose la question de savoir les critères qui permettent une telle déduction. Or, comme nous l'avons déjà relevé, le droit international ne nous en donne pas. Face à ce vide juridique, la doctrine et la jurisprudence ont tenté, non sans difficultés, de dégager des critères permettant de cerner ce qu'est un contrat international. Et à ce propos, leur évolution nous apprend que deux critères, géographique et économique, sont susceptibles d'offrir la possibilité de déterminer ce qu'est le contrat international.

**204. Critère géographique-** En vertu de ce critère, le contrat devient international dès lors qu'il entraîne « *un phénomène de flux et reflux par delà les frontières* ». C'est dans cette même logique que la Haute juridiction a encore jugé, quelques années plus tard, que « *constitue un emprunt international l'opération qui implique un double mouvement de fonds de pays à pays, la société débitrice ayant son siège en France empruntant à l'étranger des fonds pour les besoins de son exploitation et devant rembourser les prêteurs sur des places étrangères* »<sup>332</sup>. Ce qui voudrait dire que dans la détermination du caractère international d'un contrat, la notion de frontière joue un rôle capital. En d'autres termes, la qualification de contrat international requiert que l'échange mette en scène au moins deux pays<sup>333</sup>. Certains considèrent, toutefois, insuffisant ce critère géographique.

**205. Critère économique-** Le critère géographique n'ayant pas produit toute la satisfaction attendue, la jurisprudence a décidé, dès lors, d'y recourir à un autre plus

<sup>328</sup> C'est l'art. 1254 du C. civ. espagnol cité par CHATILLON S., *Droit des affaires internationales*, 2<sup>e</sup> éd., Vuibert, 1999, p. 165.

<sup>329</sup> V. art. 1101 du C. civ.

<sup>330</sup> V. CHATILLON S., *Droit des affaires internationales*, op. cit., p. 166.

<sup>331</sup> Cf. CHATILLON S., op. cit., p. 164.

<sup>332</sup> V. Civ., 21 juin 1950, *Affaires Messageries maritimes* cité par CHATILLON S., op. cit., p. 171.

<sup>333</sup> Il semble que ce critère géographique aurait même été défendu par l'un des membres du Comité français de droit international privé au cours des discussions de la Commission de réforme du Code civil : V. LEPAULE in « *La codification du droit international privé* », Paris, Dalloz, 1956, p. 206.

pragmatique, en l'occurrence le critère économique. Ce critère a été véritablement fixé par la première chambre civile de la Haute juridiction en 1980 au travers de l'arrêt TARDIEU<sup>334</sup>. En vertu de ce critère, le contrat est international dès lors que les intérêts du commerce international se trouveraient mis en péril<sup>335</sup>. Il faut tout de même faire remarquer que l'origine de ce critère remonte à 1930 où il fut, pour la première fois, évoqué par la chambre civile de la Cour de cassation et confirmé une année plus tard, c'est-à-dire en 1931<sup>336</sup>. Dans ces deux affaires, la nature internationale des contrats n'était pas déterminée en termes de « *flux et de reflux* ». En fait, l'enjeu de la contestation portait sur une stipulation contractuelle requérant le recours à l'arbitrage international lorsque surviendrait un litige. En l'espèce, des sociétés hexagonales avaient conclu et exécuté, sur le territoire national, deux contrats de vente relatifs à du blé provenant, dans le premier cas du Chili. Ces marchandises ont été embarquées à New York alors que le paiement du prix était prévu à Londres. Selon la clause compromissoire stipulée dans les contrats, en cas de litige c'est les juridictions anglaises qui en seront saisies, clause qui s'était révélée être nulle conformément au droit français. Puisque les parties en tant que françaises n'avaient pas le droit de déroger au droit français. Pour autant, la Haute juridiction estima que puisque, d'une part, la disposition prévoyant la nullité de la clause compromissoire n'étant pas impérative et surtout, d'autre part, lesdits contrats « *mettaient en jeu les intérêts du commerce international* », les parties ont, à bon droit, pu déroger à la loi française.

**206. Cumul du critère géographique et économique-** Toutefois, à notre avis, aucun de ses critères n'est exclusif de l'autre. En effet, pour véritablement déterminer le contrat international, le recours cumulatif à ces deux critères est nécessaire. Aucun des deux ne peut, à lui seul, englober en toutes circonstances et dans toutes les hypothèses la qualification du contrat. Prenons l'exemple précédent dans lequel la Cour de cassation jugeait que le contrat est international parce qu'il mettait en jeu les intérêts du commerce international. Dans cette même affaire, on peut appliquer ou constater la survivance du critère géographique, c'est-à-dire un flux et reflux par-dessus les frontières. N'est-ce pas que les marchandises provenaient du Chili, qu'elles ont, ensuite, été embarquées à New

<sup>334</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 octobre 1980, Bull. civ. IV 1980, n° 242, p. 195.

<sup>335</sup> On peut relever que la conception française du contrat international n'est pas, comme on pourrait l'imaginer, très éloignée de celle américaine. Celle-ci définit le contrat international, au travers de l'article 1.105 du Code de commerce uniforme des Etats unis (U.C.C), comme celui qui concerne raisonnablement une autre nation.

<sup>336</sup> V. Civ., 19 février 1930, Mardelé c/ Muller et Cie ; Civ., 21 janvier 1931, Dambrincourt c/ Brossard & autres cités par CHATILLON S., op. cit., p. 169.



York et, enfin, livrées en France ? Inversement, dans l'affaire du prêt international<sup>337</sup>, rien n'empêche d'appliquer le critère du commerce international à côté de celui géographique. On peut, en effet, y voir la mise en jeu du commerce international en l'occurrence celui du prêt international de fonds. Ainsi, pour repérer efficacement un contrat international, il faut en réalité raisonner en cumulant les critères géographique et économique étant donné que ni l'un ni l'autre n'est capable, d'une manière absolue, d'englober toutes les hypothèses. Quelle serait l'incidence de la fusion ou scission sur un tel contrat qui figurerait dans le patrimoine de la société absorbée ou fusionnée ? Si incidence il y a, serait-elle différente de celle affectant les autres contrats ?

## **II Du principe de continuation des contrats internationaux figurant dans le patrimoine de la société absorbée**

**207. De l'indifférence de principe du critère international du contrat-** En principe, la nature internationale d'un contrat en cours ne constitue pas un obstacle à sa continuation. Rappelons que les fusions et scissions ont pour caractéristique commune d'impliquer la transmission universelle du patrimoine d'une société au profit d'une ou de plusieurs autres. Ce qui voudrait dire que l'ensemble des éléments composant le patrimoine de la société dissoute sans liquidation est, de plein droit, transféré à la société bénéficiaire. Dans cette perspective, l'ensemble des rapports contractuels, qu'ils comportent ou non un élément d'extranéité, conclus par la société absorbée sont automatiquement transférés à la société absorbante ou nouvelle. Le fait que le contrat soit international n'est pas naturellement constitutif d'une cause de caducité ou de résiliation. Aussi, le cocontractant de la société absorbée ne saurait invoquer le caractère international du contrat pour refuser sa poursuite, à moins qu'une stipulation explicite ne lui donne une telle possibilité.

**208. De la poursuite naturelle du contrat international-** Il faut insister sur le fait que cette continuation automatique des contrats internationaux, au même titre que ceux internes, est une résultante de la mise en œuvre de la règle de transfert universel qui, lui-même, constitue l'une des caractéristiques essentielles des fusions et scissions. Les contrats

---

<sup>337</sup> V. Civ., 21 juin 1950 préc.

internationaux ne peuvent, par conséquent, échapper au principe de la transmission universelle. En définitive, on pourrait retenir que si un contrat international est compris dans le patrimoine de la société absorbée, il y a lieu de conclure tout simplement à son transfert, à l'instar des autres éléments du patrimoine, à la société absorbante ou nouvelle. Celle-ci ne pourra, on plus à son tour, refuser le contrat au seul motif qu'il soit international. Prenons un exemple. Une entreprise française A conclut avec une entreprise chinoise un contrat par lequel celle-ci fournira celle-là en produits textiles. La société A se fait absorber par une entreprise B, toujours française qui recueille aux termes de la convention de fusion tout son patrimoine. Ce faisant, ni le cocontractant, encore moins la société absorbante ne pourront refuser de continuer l'exécution du contrat. La continuité patrimoniale, résultant de la fusion, ajoutée au principe de la force obligatoire du contrat, imposent la continuation dudit contrat. Si l'existence ou non d'un élément d'extranéité importe peu à la qualification de contrat en cours, qu'en sera-t-il si le contrat n'est pas encore définitivement conclu. Autrement dit, est-ce que les négociations ou pourparlers auxquels, la société absorbée ou scindée était partie, sont susceptibles de continuation.

### **SECTION III L'INFLUENCE DE LA FUSION ET SCISSION SUR LES POURPARLERS ENGAGES PAR LA SOCIETE DISSOUTE SANS LIQUIDATION**

**209. Notion-** Les pourparlers sont définis comme la phase de négociation qui précède la formation du contrat<sup>338</sup>. Plus exactement, il s'agit de la phase exploratoire au cours de laquelle les partenaires précisent leurs objectifs<sup>339</sup> et les propositions et contre-propositions qu'ils se font mutuellement afin de déterminer le contenu du contrat sans être pour autant certains d'aboutir à sa conclusion.

**210. Importance des pourparlers-** Si nombre de contrats se concluent sans négociations, par contre, de nos jours, la conclusion de la plupart des contrats d'affaires importants interentreprises est précédée de pourparlers plus ou moins longs. En effet, de plus en plus, la conclusion de contrats par les entreprises commerciales, dans le cadre de leurs activités, fait recours à la phase de négociation. Cette période va de la prise de contact

---

<sup>338</sup> Cf. « *Le Petit Larousse Illustré* », 2002, p. 813.

<sup>339</sup> V. MOUSSERON J-M., *Technique contractuelle*, éd. Francis Lefebvre, 1999, p. 31.

jusqu'à la conclusion du contrat. Et pendant cette phase, chacune des parties demeure libre d'arrêter ou de continuer la discussion même si dans certains cas la rupture des négociations peut entraîner la mise en œuvre de la responsabilité de son auteur lorsque cette rupture est illégitime ou lorsque l'une des parties a laissé croire à son partenaire que le contrat allait se conclure. Des accords peuvent, toutefois, ponctuer cette phase de pourparlers avant même son achèvement. Il peut s'agir entre autres d'accords de principe ou « *punctuation* », de contrats temporaires, de lettres d'intention ou encore de contrats de négociation. Aussi, eu égard à leur importance croissante, des interrogations peuvent se poser. Au-delà de l'interrogation relative aux raisons de ce recours fréquent aux pourparlers, se pose, également, la question de leur régime juridique.

**211. Les motifs du recours aux négociations** Divers motifs, à notre avis, peuvent expliquer le recours systématique aux pourparlers qu'on constate avant la conclusion de nombre de contrats d'affaires. Deux, en revanche, seront ici évoqués car ils constituent, d'après nous, les raisons les plus fréquemment rencontrées. Le premier est d'ordre économique. Lorsque la conclusion du contrat en vue se révèle, d'un point de vue économique, importante, les futures parties préfèrent, en général, la faire précéder d'une période de négociations. En effet, plus l'intérêt de la convention est précieux, plus les parties négocient.

Le deuxième motif est, en revanche, juridique. Lorsque les opérations, objet de la négociation, se révèlent complexes et sophistiquées, les futurs contractants choisiront certainement de négocier, négociation au cours de laquelle elles régleront certains obstacles qui, très souvent, n'avaient pas été estimés auparavant. En effet, le souci de la recherche d'une sécurité juridique ultérieure impose la nécessité du recours à la négociation dans de telles circonstances. Par exemple, rares sont les contrats industriels et commerciaux qui ne sont pas précédés de pourparlers.

**212. Le régime juridique des pourparlers** La question du régime juridique des pourparlers est importante à plus d'un titre. Car, du succès de ceux-ci dépend très souvent la réussite de la plupart des conventions qui ont été précédées de négociations. D'où l'intérêt de leur encadrement juridique. Mais, curieusement, cette phase exploratoire du contrat a été passée sous silence par le Code civil et ignorée des auteurs pendant longtemps. En effet, jusqu'au 19<sup>e</sup> siècle, la doctrine considérait la phase de la négociation

« *comme juridiquement négligeable* ». Au nom du principe de la liberté contractuelle, elle n'admettait guère que des obligations puissent naître à la charge d'une personne avant la conclusion d'un contrat. Il fallut attendre l'extrême fin du 19<sup>e</sup> siècle pour que des auteurs, influencés par la doctrine allemande et italienne, s'attachent à l'étude des pourparlers.

**213. Absence d'une réglementation précise-** Les pourparlers dont le but est la formation du contrat, sont placés sous le signe de la liberté. Aussi, dans le respect du principe de l'autonomie de la volonté, libres d'entrer dans les liens contractuels en des termes qu'ils jugent bons, les négociateurs d'un contrat disposent également de la faculté de se retirer avant sa conclusion. On comprend, ainsi, la possibilité laissée à l'un ou l'autre des futurs contractants d'abandonner un projet en cours de discussion car, par hypothèse, rien n'a été conclu. Toutefois, cette absence d'une attention législative<sup>340</sup>, ne signifie nullement mépris. En effet, si le législateur n'est pas intervenu *a priori*, au stade des pourparlers, par contre, il s'y est intéressé *a posteriori*. Et c'est dans le but de réprimer des attitudes incorrectes et indignes avec d'autant plus de fermeté que l'on se rapproche de la conclusion du contrat<sup>341</sup>.

**214. Nature des pourparlers-** La pratique des pourparlers étant admise, se pose, désormais, la question de leur transmissibilité en cas de fusion et de scission. Autrement dit, que deviennent les négociations engagées par la société absorbée ou scindée ? Celles-ci sont-elles, en vertu du principe de la transmission universelle de patrimoine, transférées à la société bénéficiaire ? Le partenaire de la société qui a disparu se trouve-t-il obligé, en vertu du principe de la continuation qui résulte des fusions et des scissions, de reprendre les négociations avec la société nouvelle ou absorbante ? La réponse, d'après nous, dépend de la nature des pourparlers en cause. Tout dépend, en effet, de leur nature ou non contractuelle. S'ils ne sont pas de nature non contractuelle, la réponse est bien évidemment négativement, puisqu'on ne peut obliger quelqu'un à négocier ou à conclure un contrat quel qu'il soit. Le respect du principe de la liberté de contracter s'impose. Il ne peut, par conséquent, y avoir substitution universelle dans de telles circonstances, c'est-à-dire absence de continuation. Toutefois, les choses différeront légèrement si, antérieurement à

---

<sup>340</sup> Par contre, il existe des textes spéciaux relatifs à l'initiation des négociations. On peut, à ce titre, relever les règles du droit de la consommation relatives au démarchage : art. L.121-21 à L.121-23 C. consom. ; il y a aussi les règles relatives au crédit à la consommation (art. L.311-1 et s. C. consom.) ou encore celles des ventes à distance (art. L.121-16 et s. C. consom.)

<sup>341</sup> V. MOUSSERON P., « *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle* », RTD civ. 1998, p. 243.

la fusion ou scission, il y a eu échec injustifié de pourparlers et ce du fait du partenaire de la société qui a disparu. Dans ce cas, si cette rupture a entraîné un préjudice avéré à la société absorbée ou scindée, la société bénéficiaire pourra, en vertu du principe de la substitution universelle actionner en justice le partenaire de celle-là ; la substitution processuelle n'est pas inconnue du droit des fusions et des scissions. Nous voudrions insister sur le fait qu'un contrat en cours de formation n'est pas un « *contrat en cours* » au sens du droit des fusions et des scissions. Il n'est pas susceptible de continuation, donc, de transfert, car il ne remplit pas les conditions d'appellation de « *contrat* ».

**215. Existence possible d'obligations contractuelles dans les pourparlers-** Si, en revanche les pourparlers sont de forme contractuelle, la question de leur transmissibilité se pose avec plus d'acuité. On constate, aujourd'hui, comme nous l'avons déjà signalé, que la négociation de nombreux contrats d'affaires est marquée d'accords préparatoires, c'est-à-dire d'actes juridiques appelés souvent « *avant-contrats*<sup>342</sup> », et ce dans une perspective de préparation ou de conclusion du contrat définitif. En effet, de plus en plus, en certaines occasions notamment du fait de la durée ou de la complexité et même du coût des pourparlers, les partenaires ressentent l'utilité, dans une optique sécuritaire, de se munir d'accords précontractuels<sup>343</sup>. Aussi, dès lors que l'existence d'obligations précontractuelles de nature contractuelle est admise, se pose l'interrogation de leur effet exécutoire et, donc, de leur possible transmissibilité. C'est-à-dire, si les pourparlers ont pu faire naître de véritables obligations à la charges des parties, celles-ci se trouvent tenues de les exécuter. En d'autres termes, en dépit du fait qu'elles constituent des obligations précontractuelles, les parties s'y trouvent obligées car elles sont susceptibles de produire les mêmes effets que ceux produits par de véritables contrats. Et comme le patrimoine de la société « *contractante*<sup>344</sup> » disparue a vocation à être transmis, on est en droit de se demander si ces obligations précontractuelles de nature contractuelle font parties de ce patrimoine et, par conséquent, s'ils doivent subir le même sort que ses autres obligations, c'est-à-dire d'être recueillies par la société nouvelle ou absorbante. La réponse à la question de l'éventuelle transmissibilité des pourparlers contractuels dépend de la valeur

<sup>342</sup> Les avant-contrats sont des accords de volontés par lesquels deux ou plusieurs personnes décident de réaliser dans l'avenir un contrat. C'est le cas, par exemple des promesses de vente ou de prêt.

<sup>343</sup> Cf. FONTAINE, *Synthèse des travaux du groupe de travail sur les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, Droit et pratique du commerce international*, 1977, t. 3, n° 2, p. 105 cité par GHESTIN J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1993, n° 343, p. 315.

<sup>344</sup> V. PRIETO C., *La société contractante*, thèse Aix-Marseille.

réelle qui leur est accordée (§.2). Mais avant il conviendrait d'exposer les différents types de pourparlers de forme contractuelle que l'on pourrait rencontrer dans la pratique (§.1).

### §.1. Les pourparlers de forme contractuelle

**266. Distinctions-** On peut déceler, en premier lieu, les simples documents préparatoires dont l'objet est d'établir l'état des négociations à un moment donné. Il faut préciser qu'il n'existe pas d'obligation à leur maintien. Ces documents représentent, en quelque sorte semble-t-il, de simples instruments de secrétariat connus sous le nom de « *mémorandum of undersatnding* » en pratique anglo-saxonne<sup>345</sup>.

**217. Les presque-contrats-** Il existe aussi des accords proches des contrats mais, qui n'en ont pas la force et l'effet caractéristique, c'est-à-dire de produire des obligations. On les nomme des « *presque-contrats* » selon une expression des Professeurs MALAURIE et AYNÈS<sup>346</sup>. Dans cette catégorie, on peut y mettre les « *déclarations d'intention* » ainsi que les « *engagements d'honneur* ». A propos de ces derniers, le Professeur OPPETIT précisait qu'en fait la formule « sur l'honneur », loin de conférer à un engagement un caractère plus solennel et plus contraignant pour celui qui l'a souscrit, paraît avoir, plutôt, pour effet, selon l'opinion commune, d'en minorer la valeur et la portée<sup>347</sup>. RIPERT remarquait, quant à lui, que l'engagement d'honneur relèverait du « *devoir de conscience*<sup>348</sup> » que le juge ne peut connaître<sup>349</sup>.

**218. Les issues possibles des pourparlers-** Cependant, au cours des pourparlers, les parties parviennent, souvent, à certains accords qui sont susceptibles d'être qualifiés de contrats même si, en général, on préfère leur octroyer la qualification d'« *avant-contrats* »<sup>350</sup>. Ils sont conclus dans l'optique, soit de faciliter la conclusion du contrat projeté (I), soit, au contraire, d'organiser les relations des parties durant le temps des négociations (II). Ces accords précontractuels sont, par ailleurs, marqués par une très

---

<sup>345</sup> V. MOUSSERON J-M., op. cit., p. 59.

<sup>346</sup> MALAURIE ET AYNES, « Les obligations », éd. 1998, Cujas, 8<sup>e</sup> éd., n°351, p. 209.

<sup>347</sup> OPPETIT B., L'engagement d'honneur, Rec. Dalloz 1979, chr. 107, n° 1.

<sup>348</sup> Cité par OPPETIT, op. cit., n° 1.

<sup>349</sup> Toutefois, cela ne signifie aucunement pas que l'engagement d'honneur ne peut être créateur d'obligations. Il est dit dans un arrêt que l'engagement d'honneur ne suffit pas, à lui seul, pour empêcher la naissance d'une obligation juridiquement sanctionnée : Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 27 novembre 1985, Bull. Civ. II, n° 178 ; RTD civ. 1986.749, obs. MESTRE.

<sup>350</sup> GENINET M., *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. , Paris I, 1986 cité MOUSSERON J-M., op. cit.

grande diversité de formes et de contenus. Diversité qui a pour principale origine l'autonomie de volonté dont jouissent les parties en cette matière. Il faut préciser, à ce propos, que nous n'avons pas pour ambition de dresser un listing exhaustif de toutes les formes de pourparlers contractuels que pourrait connaître la pratique. Il s'agira juste, pour nous, d'en relever les principaux types que l'on pourrait rencontrer dans la pratique et de voir l'influence que pourraient exercer sur eux les opérations de fusion et de scission. MOUSSERON ne disait-il pas qu' « *il serait intellectuellement vain et juridiquement erroné de prétendre réaliser une typologie exhaustive*<sup>351</sup> » des diverses formes contractuelles de pourparlers ? En effet, les accords précontractuels constituant une matière particulièrement complexe et diversifiée il serait présomptueux d'en faire un examen complet<sup>352</sup>.

## **I. Les accords précontractuels envisageant la négociation du contrat définitif**

**219. Typologies-** On peut en dénombrer deux catégories. Une première composée d'accords créant une obligation de négocier (A), et une seconde catégorie ayant pour objet d'organiser la négociation du contrat définitif (B).

### **A. Les accords précontractuels créant une obligation de négocier**

**220. L'obligation de négociation-** L'accord de négociation vise à créer une obligation de discuter les conditions d'un futur contrat ou de renégocier un contrat qui arrive à expiration. Pareille obligation de négocier ou de renégocier porte sur deux prestations. Une première qui serait d'entreprendre la discussion, qu'on pourrait qualifier d'obligation de résultat. Et, une deuxième prestation qui consiste à conduire de bonne foi la discussion entreprise qui, elle, pourrait se traduire en une obligation de moyens. Les partenaires sont donc, en vertu de cet accord, tenus, d'une part, de négocier et, d'autre part, de le faire de bonne foi. Le pacte de préférence est un exemple particulier d'accord de négociation. Signalons que ce n'est pas qu'au travers, uniquement, d'un contrat que les parties pourront conclure une préférence. Celle-ci peut également se traduire au travers

---

<sup>351</sup> MOUSSERON J-M, op. cit., p. 61.

<sup>352</sup> V. GHESTIN J., *Traité de droit civil*, op. cit. , p. 316.

d'une clause contenue dans un contrat, c'est-à-dire constituer un élément d'un accord principal.

On peut également noter l'hypothèse des accords de principe qui peuvent être définis comme des accords contractuels ayant pour objet de poursuivre des pourparlers en vue de déboucher à la conclusion d'un contrat. Comme on peut le constater, ces accords, eux aussi, font naître une obligation de négocier<sup>353</sup>.

## **B. Les accords précontractuels organisant la négociation du contrat définitif**

**221. L'obligation d'organiser les pourparlers-** Les partenaires à la négociation peuvent désirer organiser les pourparlers eux-mêmes en réglant par avance certains problèmes qui pourraient éventuellement se poser. En effet, lorsque la négociation présente une certaine complexité, il peut se révéler opportun de diviser la difficulté au moyen de « *contrats partiels*<sup>354</sup> ». Et, lorsqu'elle présente une certaine durée, il pourrait être utile de passer des « *contrats temporaires* » réglant la conduite des parties pendant les pourparlers.

Les contrats partiels consistent, pour les parties, à fixer les points sur lesquels elles sont d'ores et déjà d'accord. Quant aux contrats temporaires, ils ont pour objet d'organiser la négociation en réglant des points non moins importants. Parmi ceux-ci, on peut noter, par exemple, les délais, les modalités financières du futur contrat, ou certaines obligations spécifiques telle que l'exclusivité des pourparlers.

## **II. Les accords précontractuels envisageant la conclusion du contrat définitif**

**222. Les contrats préparatoires-** Ceux-ci, contrairement aux premiers accords précontractuels, ont pour objet d'organiser, non pas la négociation, mais, plutôt, la conclusion du futur contrat. Dans une perspective de rendre plus sûre la conclusion du contrat définitif, les acteurs juridiques décident, parfois, de fixer, dans un contrat préparatoire, le consentement au contrat futur envisagé. Selon que l'une des parties ou toutes les deux à la

---

<sup>353</sup> V. GHESTIN, op. Cit., n° 344, p. 316.

<sup>354</sup> Cf. MOUSSERON J-M., op. cit., n° 206, p. 101.



fois donnent leur consentement au contrat définitif, il s'agira soit d'une promesse unilatérale de contrat (**A**), soit d'une promesse synallagmatique (**B**).

### **A. Les promesses unilatérales de contrat**

**223. Nature contractuelle des promesses de contrat-** De façon générale, les promesses de contrat traduisent les avant-contrats qui préparent la convention définitive. Tous les éléments de celle-ci sont en général d'ores et déjà fixés dans l'avant contrat, sauf que l'un des partenaires ou les deux ne donnent pas leur consentement définitif. Si les deux partenaires s'engagent, on constatera qu'il y a promesse synallagmatique de contrat et, si l'engagement ne provient que d'un partenaire, il s'agira alors d'une promesse unilatérale de contrat. Dans l'hypothèse d'une promesse unilatérale de contrat, l'obligation caractéristique du promettant consiste à maintenir son consentement à la disposition du bénéficiaire pendant le délai d'option et à s'abstenir, corrélativement, de tout comportement qui compromettrait la réalisation du contrat définitif. C'est une véritable obligation contractuelle qui se trouve à la charge du débiteur de la promesse<sup>355</sup>. Certes la promesse de contrat n'est pas le contrat définitif mais malgré tout, elle constitue un véritable contrat car le promettant est irrévocablement engagé. Il s'agit d'un contrat unilatéral. Et le bénéficiaire de cette promesse, c'est-à-dire dans notre étude la société absorbée, dispose d'un droit personnel, droit qui est transmis avec son patrimoine à la société absorbante ou nouvelle. Aussi, celle-ci recueille-t-elle ce droit qui est désormais sien dont le promettant sera tenu d'exécuter, comme il en est cas en présence d'une promesse synallagmatique.

### **B. La promesse synallagmatique de contrat**

**224. Détermination de la notion-** La promesse synallagmatique de contrat se distingue de la promesse unilatérale en ce sens qu'elle est un contrat par lequel les parties ont d'ores et déjà donné leur consentement au contrat définitif, mais prévoient l'accomplissement d'une formalité supplémentaire. Ici, ce n'est pas une partie, mais les

---

<sup>355</sup> V. MOUSSERON J-M., op. cit., n° 175, p. 91.

deux à la fois qui se trouvent engagées par cet accord qui crée à leur charge des obligations certes « *précontractuelles* », mais de nature contractuelle<sup>356</sup>. Le Code civil confirme cette règle en son article 1589 qui dispose qu'elle vaut vente « *lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix* », exclusion faite de deux hypothèses<sup>357</sup>. A l'inverse de ce qui se passe dans la promesse unilatérale, l'inexécution de la promesse synallagmatique consiste soit à conclure le contrat définitif avec un tiers, soit dans le refus d'accomplir la formalité prévue pour l'efficacité du contrat définitif.

**225. Critères de validité-** Différente de l'offre, la promesse synallagmatique, pour être valable, suppose que soient réunis un certain nombre de conditions. Plus concrètement, elle doit spécifier les éléments essentiels<sup>358</sup> du futur contrat qui puissent autoriser la formation de celui-ci, le moment arrivé. Ces éléments, on en convient, sont nécessaires à la validité de la convention. Comme nous l'avons déjà laissé entendre, une fois exposés, nous nous demanderons si ces accords précontractuels sont transférables à la société bénéficiaire.

## **§.2. A propos de la transmissibilité des accords précontractuels de forme contractuelle**

**226.** Examiner la possible transmissibilité des accords précontractuels, c'est, à notre avis, déterminer, en premier lieu, s'ils sont susceptibles de produire un quelconque effet obligatoire (I), condition de leur transmissibilité (II).

### **I. Analyse du caractère obligatoire des pourparlers contractuels**

**227.** En effet, tenter de savoir si les accords précontractuels sont, autant que les autres rapports juridiques, c'est-à-dire les contrats au plein sens du terme, transmissibles, oblige à se demander si, comme ceux-ci, ils obligent leurs parties. C'est, en d'autres termes, se demander si ces accords précontractuels constituent de véritables actes

---

<sup>356</sup> V. MOUSSERON J-M., op. cit., n° 176, p. 92.

<sup>357</sup> C'est les cas des contrats réels ou solennels ou encore lorsque les contractants expriment le besoin de solenniser le contrat en subordonnant sa conclusion à l'accomplissement d'une formalité particulière.

<sup>358</sup> Tels que le prix, la nature du contrat ou de la chose objet du contrat.

juridiques créateurs d'obligations. La réponse à cette question, estimons-nous, ne peut dépendre que de l'examen de la volonté exprimée par les parties. Il s'agira donc d'analyser ces documents pour apprécier si les parties ont entendu créer à leur charge des obligations, même si l'on sait, par ailleurs, que cette appréciation n'est pas toujours chose facile<sup>359</sup>.

**228.** Dès lors que les partenaires auraient exprimé leur ferme intention d'assumer des charges précises, on peut dire qu'effectivement cet accord, en dépit de sa caractéristique d'être précontractuel, constitue bien un contrat. On peut noter à titre d'exemple la lettre d'intention qui suit : « *Nous avons l'intention... de soutenir notre filiale dans ses besoins financiers et, dans le cas où cela deviendrait nécessaire, de nous substituer à elle pour faire face à tous les engagements qu'elle pourrait prendre à l'égard de S...* »<sup>360</sup>. La volonté de contracter, c'est-à-dire d'assumer une obligation précise, comme on peut le remarquer, dans cet exemple est sans équivoque. Dans le même ordre d'idées, la chambre sociale de la Haute juridiction a reconnu, dans un arrêt, la nature de contrat à un accord de principe intervenu entre un salarié et un patron au travers duquel celui-ci avait promis à celui-là de le réintégrer aussitôt que la conjoncture économique le permettrait<sup>361</sup>.

**229.** En revanche, lorsque, d'une part, les parties ont expressément affirmé leur volonté de ne pas créer d'accord obligatoire ou, d'autre part, si les dispositions de l'accord précontractuel se révéleraient floues, on doit admettre que l'accord précontractuel ne peut à proprement parler, dans de telles circonstances, être créateur d'obligations, c'est-à-dire d'être un contrat.

**230.** La reconnaissance de la nature contractuelle d'un accord précontractuel dépend donc de la réelle volonté des parties exprimée au travers de ces documents précontractuels. Dès lors qu'elles auraient choisi que l'acte précontractuel produise de véritables effets de contrat, on doit admettre sa nature contractuelle. C'est ce que confirmait d'ailleurs la chambre commerciale de la Haute juridiction, à propos de la lettre d'intention, au travers d'un arrêt récent<sup>362</sup>. Selon cette juridiction, le caractère obligatoire de la lettre d'intention résulte de la commune intention des parties et l'engagement qui en découle donne lieu à une obligation de résultat. En l'espèce, il s'agissait d'une société qui a consenti un prêt à une autre et qui a, par la suite, accepté la mainlevée de l'hypothèque

<sup>359</sup> V. GHESTIN J., op. Cit., p. 316.

<sup>360</sup> Cass. Com., 21 décembre 1987, D. 1989, 112 ; JCP 1988.II.21113, concl. MONTANIER.

<sup>361</sup> V. GHESTIN J., op. Cit., n° 344, p. 317.

<sup>362</sup> Cass. com., 9 juillet 2002, JCP éd. G, n° 46 du 13 novembre 2002, p. 2031.

inscrite sur les biens de celle-ci en contrepartie d'une lettre de confort de la société mère. Dans la lettre en question, la société mère prenait l'engagement de faire « *le nécessaire pour mener à bonne fin l'opération conclue entre sa filiale et le créancier* ». L'échéance arrivée, le créancier actionna en paiement la société mère aux motifs que la lettre signée par celle-ci constitue bien un contrat de cautionnement et, donc, l'engageait. En revanche, pour la Cour d'appel, saisie de cette affaire, il n'est nulle part fait mention que la société mère s'engageait à tout faire pour éviter la défaillance de sa filiale<sup>363</sup> ou que les engagements de celle-ci soient tenus. La Haute juridiction cassa cet arrêt aux motifs qu'il résultait de ladite lettre un véritable engagement puisque la société mère s'était engagée de « *faire le nécessaire pour mener l'opération à bonne fin* ». Cinq mois plutôt, c'était la même décision<sup>364</sup> qui fut prise par la même chambre commerciale. Dans cette décision la Cour de cassation affirmait que conformément à son contenu, la lettre d'intention signée par une société mère au profit de sa filiale créait une véritable obligation à la charge de celle-là. Car, dans cette lettre elle prenait l'engagement de « *faire tout le nécessaire pour que sa fille dispose d'une trésorerie suffisante lui permettant de faire face à ses engagements* »<sup>365</sup>. La Cour de cassation affirme ainsi, au travers de ces deux importants arrêts, le rôle capital de la volonté dans la production d'effet obligatoire d'un accord précontractuel. Dans le deuxième exemple, comme dans le premier, n'a-t-elle pas considéré que la lettre contenait un engagement ferme de faire le nécessaire et que la société mère s'était donc obligée « *à l'obtention d'un résultat* ». Ceci prouve, si besoin est, Il y a donc, en droit des fusions et des scissions, l'indifférence de principe sur la nature précontractuelle du contrat en cours.

## II. Indifférence de la nature précontractuelle de l'accord juridique en cours

**231. Nature des obligations contractuelles-** Le droit nous enseigne que le contrat est un accord de volontés faisant naître une ou plusieurs obligations à la charge des parties<sup>366</sup>. Dès lors qu'il n'y a pas d'obligation, il n'y a pas de contrat. L'obligation, nous

<sup>363</sup> Puisque entre temps la filiale a fait un dépôt de bilan.

<sup>364</sup> Cass. com., 26 février 2002, JCP éd. E, n° 24 du 13 juin 2002, p. 1006.

<sup>365</sup> Cet arrêt du 26 février 2002 de la Cour de cassation constitue un revirement de jurisprudence, revirement confirmé par un second arrêt du 9 juillet de la même année : cf. les deux arrêts préc.

<sup>366</sup> V. art. 1101 C. civ.

l'entendons ici *lato sensu*<sup>367</sup>, c'est le lien de droit entre deux ou plusieurs personnes en vertu duquel l'une des parties, le créancier peut contraindre l'autre, le débiteur, à exécuter une prestation<sup>368</sup>. Ainsi, ce qui caractérise le contrat, c'est d'avoir ce pouvoir créateur d'obligations à la charge des acteurs en présence. Autrement dit, dès l'instant où des sujets de droits s'accordent, au travers d'un acte quel qu'il soit, de se rendre débiteurs d'obligations précises, on doit accepter l'existence d'un contrat. En vertu du principe de l'autonomie de la volonté, les parties ne sont-elles pas libres de se lier par un accord qu'il soit provisoire ou non ? Tel est le cas de la promesse unilatérale de contrat, par laquelle une partie s'engage à conclure un contrat dans un avenir plus ou moins proche avec une personne, appelée bénéficiaire de la promesse. Cette promesse, en dépit de son apparence est bien un contrat qui lie le promettant qui a accepté librement de s'engager. Dans un arrêt récent<sup>369</sup> la Haute juridiction confirmait, d'ailleurs, la décision d'une Cour d'appel ayant affirmé le caractère contractuel de la promesse unilatérale de vente. Au travers de cet arrêt, il est réaffirmé que la promesse unilatérale de contrat met à la charge du promettant une véritable obligation et que, par conséquent, sa nature contractuelle n'est en rien affectée. Elle constitue donc de ce fait un contrat en cours destiné à être repris. Cette intervention jurisprudentielle, même si elle s'est faite dans le domaine des procédures collectives, trouve application en droit des fusions et des scissions. GHESTIN disait, à propos de cet accord précontractuel, qu'« *il s'agit, malgré son nom, d'un véritable contrat, autonome et spécifique* ». La doctrine est d'une manière générale unanime là-dessus<sup>370</sup>. Pour d'autres, au contraire, l'autonomie de la promesse de contrat apparaît surtout lorsqu'elle est réciproque<sup>371</sup>. Et sur ce point la doctrine fait une distinction selon que le contrat définitif envisagé par la promesse est ou non consensuel<sup>372</sup>. Lorsque la promesse réciproque porte un contrat définitif non consensuel, elle serait un accord contractuel autonome. La doctrine classique considérerait déjà la promesse de contrat comme un véritable contrat indépendant du contrat définitif<sup>373</sup>.

<sup>367</sup> V. Lexique des termes juridiques préc., p. 381.

<sup>368</sup> Prestation qui peut se traduire en une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire.

<sup>369</sup> V. Cass. com., 1er février 2000, Rev. proc. Coll. n° 1, mars 2003, p. 18.

<sup>370</sup> GHESTIN J., *Droit civil, La Formation du contrat*, 3è éd., LGDJ, 1993, p. 300 ; BENAC-SCHMIDT F., *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris I, LGDJ, 1983, cité par GHESTIN, op. cit., n°333, MOUSSERON J.-M., op. cit., n°174, p. 91.

<sup>371</sup> V. MOUSSERON J.-M., op. Cit., n° 178, p. 92 et SCHMIDT J., J.- Cl. Notarial fasc. H.I. 1986, n° 7 cité par MOUSSERON op. cit., p. 93.

<sup>372</sup> V. MOUSSERON J.-M., op. cit., p. 92.

<sup>373</sup> MOUSSERON J.-M., op. cit., n°172, p. 90.

**232. Autonomie de la promesse de contrat-** En revanche, lorsque la promesse a pour objet un contrat définitif consensuel, la promesse de contrat n'est plus autonome par rapport au contrat définitif. En effet, selon une vision traditionnelle<sup>374</sup>, la promesse synallagmatique serait le contrat définitif assorti simplement d'une condition ou d'un terme. Le Code civil, au travers de son article 1589, alinéa 1<sup>er</sup>, ne disposait-il pas que « *la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et le prix ?* ». Cette disposition, on en convient, conforte cette perception traditionnelle. Toutefois, cette analyse mérite d'être nuancée. Car, si elle est vraie s'agissant d'une promesse portant sur une vente, il n'en sera pas forcément de même dans les autres hypothèses. C'est le cas lorsque les partenaires à la promesse de contrat, subordonnent la conclusion du contrat définitif à l'obtention d'une autorisation administrative ou à la rédaction d'un acte authentique<sup>375</sup>. La sagesse et la prudence requièrent donc qu'on analyse plus sereinement la portée que les parties ont voulu donner à la formalité supplémentaire, par exemple à l'obtention de l'autorisation administrative. De cette analyse, on saura si les parties ont souhaité juste retarder l'un des effets du contrat ou si, au contraire, retarder la conclusion du contrat définitif.

**233. Transmission des accords précontractuels-** Aussi, les accords précontractuels qui créeraient des obligations précises à la charge des parties doivent recevoir la qualification de contrats et être, par conséquent, destinés à être transmis. La fusion ou scission emporte, à notre avis, transfert des accords précontractuels de nature contractuelle conclus par la société fusionnée ou scindée, au même titre que les autres contrats. Car, à l'instar de ceux-ci, ils obligent les sujets de droit signataires et doivent, donc, de ce fait être recueillis par les sociétés bénéficiaires des apports patrimoniaux dans lesquels ils s'inscrivent. Ce qui n'est qu'une application de l'article 1134 du Code civil. Les parties ayant exprimé leur intention ferme de mettre à leur charge des obligations, il est logique que cette « *loi* » voulue produise ses effets. Ces accords, malgré qu'ils soient précontractuels, sont de nature contractuelle et ce, du fait de la volonté expressément affirmée des parties. Par exemple, si la société absorbée a conclu une promesse synallagmatique de contrat ou un contrat de négociation cet accord précontractuel devient de plein droit transmissible à la société nouvelle ou absorbante puisqu'il comporte les caractéristiques d'un contrat au plein sens du terme. La seule véritable exigence demeure

---

<sup>374</sup> V. GHESTIN J., op. Cit., n° 340, p. 312.

<sup>375</sup> V. GHESTIN J., op. Cit., p. 312.

donc la volonté sans réserve des parties de vouloir créer des obligations, c'est-à-dire l'effet obligatoire qu'elles ont voulu donner à l'accord. Car, même si l'accord porte sur des éléments objectivement essentiels du contrat définitif, cela ne créerait pas de plein droit un effet obligatoire si les parties ont, en plus, subordonné la formation du contrat à une condition, fût-elle objectivement accessoire, qui pourrait se révéler importante pour l'une d'elles<sup>376</sup>.

**234. L'alternative en cas de non continuation-** Cependant, la transmission de ces accords précontractuels signifie-t-elle obligation, pour l'autre partie, de négocier ou de conclure le contrat définitif avec la société nouvelle ou absorbante ? Il faut admettre qu'il serait difficile d'obliger quelqu'un de continuer de négocier ou de conclure un contrat, fût-il au nom d'un quelconque respect d'une obligation contractuelle. Obliger un individu à négocier ou à conclure un contrat serait contraire à la liberté contractuelle, en un mot à la liberté individuelle. Le Code civil, à cet effet, faut-il le souligner, interdit qu'on oblige quelqu'un à accomplir une obligation de faire. C'est pourquoi, nous estimons que la transmission des accords précontractuels de nature contractuelle dépendra de l'attitude du partenaire de la société absorbée ou scindée. S'il accepte de respecter l'obligation mise à sa charge, la transmission se fera sans heurt. En revanche, s'il refuse la reprise de l'accord par la société bénéficiaire, la solution ne peut être qu'une condamnation à des dommages et intérêts. Etant donné que par l'effet de la fusion ou de la scission, la société absorbante est substituée activement et passivement, à titre universel, aux droits et obligations de la société qui disparaît ; ce sera donc, à bon droit, que la première exercera une action en dommages-intérêts du fait du préjudice subi suite à la rupture de l'accord précontractuel, contenu dans le patrimoine transmis, par le cocontractant<sup>377</sup>. S'il est indéniable que la disparition du contractant personne morale ne signifie aucunement cessation des rapports contractuels, à son actif, subsiste une incertitude : qu'est-ce que cela va-t-il concrètement entraîner ?

---

<sup>376</sup> V. GHESTIN J., op. Cit., n° 326, p. 288.

<sup>377</sup> On peut relever, dans ce sens, l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation dans lequel elle déduisait recevable une société absorbante à se constituer partie civile tant en son personnel qu'aux droits de la société absorbée afin d'obtenir réparation du dommage causé par des infractions commises au préjudice de la société absorbée : Com., 25 mai 1987, Rev. Soc. 1987, somm., p. 629 ; Com., 11 février 1986, Rev. Soc., 1986.626.

### **Conclusion du premier chapitre :**

**235.** La notion de contrat en cours qui a été définie, non pas par le droit des fusions, mais par la loi du 25 janvier 1985<sup>378</sup> a été empruntée à l'ancienne loi du 13 juillet 1967. Cette notion constitue le mécanisme essentiel du principe de la continuation des contrats dans le cadre des fusions et scissions. Le droit applicable aux fusions et scissions, en posant le principe du transfert universel du patrimoine dans l'état où celui-ci se trouve, n'a nullement posé de conditions spécifiques pour que s'opère la transmission de tous les éléments composant le patrimoine, dont notamment les contrats.

**236.** Contrairement au droit des procédures collectives<sup>379</sup>, les textes régissant les fusions et scissions ne visent pas les contrats en particulier, ni ne précisent les critères que doivent comporter les contrats en cours. Aussi, rien n'autorise, en cas de fusion ou de scission, d'opérer une quelconque distinction des contrats à transférer suivant leur nature commerciale, civile ou autre. Rien, non plus, n'autorise, à propos des contrats en cours, de prendre en considération leurs modalités ou caractères d'exécution. Le droit des fusions et des scissions exprime une indifférence de principe tant à propos de l'exécution effective qu'aux caractères de l'exécution de la notion des contrats en cours. La nature principale ou subsidiaire de l'obligation ne constitue pas un critère de qualification déterminant du contrat en cours.

**237.** Mais, une fois le contrat est en cours déterminé, cela saura-t-il suffire pour qu'il survive à l'opération de dissolution sans liquidation de la société contractante ? En d'autres termes, le cocontractant peut-il, de principe, exiger de donner son autorisation pour que le contrat se maintienne ? ou encore, celui-ci, pour être recueilli et continué, par la société absorbante, celle-ci sera-t-elle en droit d'exiger qu'il lui présente une quelconque utilité ? La réponse à toutes ces questions est bien sûr négative.

---

<sup>378</sup> Cf. art. 37 de cette loi.

<sup>379</sup> V. art. 37 et 86 de la loi de 25 janvier 1985.



## **CHAPITRE II L'INDIFFERENCE PRINCIPIELLE DE L'UTILITE ECONOMIQUE DU CONTRAT EN COURS ET DU CONSENTEMENT DU COCONTRACTANT DE LA SOCIETE DISSOUTE SANS LIQUIDATION**

**238.** Avant d'examiner la non exigence du consentement du cocontractant en faveur de la poursuite du contrat (**Section II**), abordons, d'abord, l'absence d'un droit d'option au profit de la société absorbante (**Section I**).

### **SECTION I ABSENCE D'UN DROIT D'OPTION EN FAVEUR DE LA SOCIETE ABSORBANTE**

**239.** Montrer qu'il ne saurait être question d'un droit d'option, au profit de la société absorbante (§.2), commande de dire ce que signifierait une telle faculté (§.1).

#### **§.1. La notion du droit d'option**

**240. Détermination du concept d'option-** On sait que souvent plusieurs facteurs peuvent justifier la convoitise d'une entreprise par une autre. Ainsi, en cas de fusion-absorption, même si, à notre avis, cela ne s'est pas encore posé, il se peut que les dirigeants de la société absorbante, dans un esprit d'optimisation de l'opération, soient tentés de ne reprendre que les contrats, qui seront jugés utiles à la poursuite de l'activité sociale. Cela supposerait de la part de la société bénéficiaire l'établissement d'un listing comprenant, pour moitié, les contrats jugés utiles et, pour l'autre, ceux qui ne présentent pas cette qualité. Seuls les premiers seront, par conséquent, susceptibles d'être repris et continués.

Il conviendrait d'admettre que reconnaître une telle faculté, à la société absorbante, c'est lui donner le droit de faire du « *shopping* » parmi les éléments composant le patrimoine de la société absorbée ou scindée. Un tel droit est-il légitime dans la matière, objet de notre étude ? Pour tout dire, la réponse est négative. L'utilité ou le caractère nécessaire du contrat en cours est indifférent à sa poursuite, en cas de dissolution sans liquidation du contractant personne morale.

## **§.2. L'incompatibilité d'un droit d'option en faveur de la société absorbante avec le droit des fusions et scissions**

**241. Contrariété du caractère utilitaire du contrat avec la transmission universelle-** Admettre la faculté pour la société absorbante de ne continuer que les contrats qu'il lui plaira de reprendre posera un problème capital : celui de son incompatibilité avec la nature du transfert consécutif à la dissolution sans liquidation de la société contractante. Comment accepter un tel droit, lorsqu'on sait que la fusion-absorption implique dévolution du patrimoine d'une société au profit d'une autre. Certes, dans la convention de fusion ou de scission, les parties peuvent librement désigner les éléments d'actif et de passif qui feront parties de la transmission<sup>380</sup>. Mais, même dans ce cas, on ne peut pas parler de droit d'option. Car, on se trouve en amont de l'opération. Evoquer, en cette hypothèse d'option, viendrait à considérer qu'on est dans une situation de cession de biens. Ce qui n'est pas le cas. Il faut l'avouer, le principe de la transmission universelle du patrimoine est, par nature, incompatible avec une quelconque recherche du caractère nécessaire des contrats figurant dans le patrimoine de la société absorbée ou scindée. Le droit des fusions et scissions n'est pas à l'image du droit des procédures collectives, qui reconnaît l'exigence du caractère nécessaire du contrat pour que soit possible sa poursuite<sup>381</sup>. En effet, dans le but de favoriser la sauvegarde de l'entreprise en difficulté, le législateur a donné la possibilité à l'administrateur<sup>382</sup> de ne reprendre que les contrats nécessaires à cet objectif. Puisque dans l'esprit du législateur, il s'agit de sauver une entreprise<sup>383</sup>, mais une entreprise qui se trouve dans une situation très particulière.

**242. Le droit des fusions et scissions : un droit de concentration d'entreprises-** Certes, dans les fusions et scissions, on retrouve ce même état d'esprit du législateur, celui, en l'occurrence, de la prise en compte de l'intérêt de l'entreprise. Seulement les moyens utilisés<sup>384</sup> et les circonstances diffèrent. En droit des fusions, il ne s'agit pas, par principe, de sauver une entreprise en difficulté<sup>385</sup>. Il s'agit de favoriser la concentration d'entreprises

---

<sup>380</sup> V. Décr. 23 mars 1967, art. 254.

<sup>381</sup> V. art. 86 de la loi du 25 janv. 1985 préc., actuel article L. 621-88, du Code de commerce.

<sup>382</sup> En droit des entreprises en difficulté, le droit d'option bénéficie, également, au débiteur assisté du juge-commissaire, ainsi que du mandataire liquidateur.

<sup>383</sup> Cet objectif est affiché d'entrée de jeu dans l'article 1<sup>er</sup> de la L.25 janv. Préc., qui dispose : « *Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi,...* »

<sup>384</sup> Ces moyens sont symbolisés par la règle de la transmission universelle de patrimoine.

<sup>385</sup> Même si nous admettons qu'il peut arriver qu'une entreprise en difficulté se fasse absorber par une autre.

et cela, par le moyen d'une technique, celle de la transmission universelle. Aussi, estimons-nous qu'ici, il n'est pas nécessaire que le contrat en cours présente une quelconque utilité économique à la société bénéficiaire pour être continué. A l'inverse du droit du redressement judiciaire, en droit des fusions il ne s'agit pas de voler au secours d'une entité « malade ». Il ne s'agit pas, en effet, dans ce droit-ci de guérir une « *pathologie* » quelconque. Il s'agit, au contraire, de transférer un ensemble patrimonial d'une société à une autre et ce, conformément, à la convention de fusion et de scission. La société bénéficiaire est donc tenue de continuer tous les rapports contractuels contenus dans le patrimoine à transférer. Cette continuation n'est pas du tout conditionnée par le caractère utilitaire du contrat en cours<sup>386</sup>. La logique de la transmission universelle impose, comme on le constate, à la société nouvelle ou absorbante, de poursuivre tous les contrats en cours de la société qui disparaît.

**243. Détermination du caractère utilitaire du contrat-** A supposer que cette exigence du caractère utilitaire soit admise, se posera une question essentielle : qui le déterminera ? Est-ce la société absorbée, avant sa dissolution ou la société absorbante ? Ou encore est-ce au juge de choisir les contrats qui présentent cette qualité ? Rien n'est prévu à cet effet. D'ailleurs, c'est parce que conscient des risques que pourrait entraîner l'exercice d'un tel droit, que le législateur lui a attribué un régime strict, en droit des entreprises en difficulté<sup>387</sup>. Préjudiciable aux intérêts des cocontractants de la société dissoute sans liquidation, cette faculté ne peut être que rejetée. Si la logique de la transmission universelle commande de refuser la reconnaissance d'un droit d'option, en faveur de la société absorbante, elle exclut, également, qu'on permette au cocontractant d'intervenir dans le processus de transmission.

---

<sup>386</sup> Rien n'empêche, cependant et cela avant l'opération de fusion ou de scission, que la société absorbée et son cocontractant s'entendent pour rompre le contrat qui les lie.

<sup>387</sup> V. notamment C. com., art. L.621-28.

## **SECTION II L'EXCLUSION PRINCIPIELLE DU CONSENTEMENT DU COCONTRACTANT A LA CONTINUATION DU CONTRAT**

**244. De la notion de consultation du cocontractant-** Il conviendrait, à titre préliminaire, de distinguer la faculté du cocontractant de pouvoir contester l'affectation des contrats décidée dans la convention de scission de celui, éventuel, pour rendre opposable la continuation des contrats résultant des opérations de fusion et de scission. Dans le premier cas, comme nous l'avons déjà démontré<sup>388</sup>, il s'agit juste, dans l'optique de protéger à la fois les intérêts d'une des sociétés bénéficiaires et ceux du cocontractant, que nous trouvons normal dans certains cas, que celui-ci puisse contester la façon dont l'affectation a été faite dans la convention de scission. En revanche, dans les développements qui suivront, il s'agira, de montrer que la dévolution des contrats, conclus par la société absorbée, à la société absorbante ou nouvelle, ne requiert par d'en référer à ses cocontractants. Mais, avant d'exposer cette solution (§.2) et, dans une perspective de mieux appréhender ses contours, il conviendrait de rappeler la solution admise en droit commun (§.1).

### **§.1. Du nécessaire consentement du cédé dans la cession de contrat**

**245. Consultation du cédé en cas de cession de contrat-** Il est admis, de façon classique, que la cession de contrat, pour être valable, requiert le consentement ou tout au moins l'intervention du cédé<sup>389</sup>. En effet, en droit commun pour que la cession du contrat soit juridiquement efficace, il est particulièrement requis que le cédé soit informé afin que soit porté à sa connaissance la qualité d'ayant cause acquise par le cessionnaire<sup>390</sup>. Cette information constitue une formalité indispensable dont le défaut lui donnera le droit de méconnaître et de refuser la cession envisagée. Car pour lui, le seul cocontractant qu'il reconnaît, reste et demeure le cédant<sup>391</sup>. C'est ce qu'a d'ailleurs rappelé la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 6 mai 1997<sup>392</sup>. Dans cet arrêt,

---

<sup>388</sup> V. supra n° 51 et s.

<sup>389</sup> V. L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations à trois personnes*, thèse, Economica, 1983, n° 242 ; M.-H. MONSIÈRE, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Litec, 1994, p. 289 et s.

<sup>390</sup> V. L. AYNÈS, th. préc., n° 242.

<sup>391</sup> À ce propos, L. AYNÈS a démontré, de façon remarquable, dans sa thèse l'interdépendance qui existe entre les règles de la relativité des conventions et de l'information du cédé dans les cessions des contrats.

<sup>392</sup> V. L. AYNÈS, *La circulation du contrat*, Les P.A. n° 90 du 5 mai 2000, p. 62, spéc. p. 63.

la Haute juridiction, et cela, au visa de l'article 1134 du Code civil, affirmait que « *le succès de l'opération (de cession) implique que dans le contrat cédé, ou ultérieurement, le cédé consente à la substitution de son cocontractant* ». L'interprétation de cet arrêt permet de déduire que le consentement du cédé peut être donné, soit dans le contrat lui-même, soit ultérieurement. En tous les cas, le constat c'est que l'efficacité de la cession requiert, par principe, le consentement du cédé<sup>393</sup>.

**246. Continuation du contrat en procédures collectives-** On retrouve cette même démarche en droit des procédures collectives. En cas de plan de cession, notamment, tous les contrats nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise doivent être continués, à la demande de l'administrateur<sup>394</sup>. La loi du 25 janvier 1985 qui organise cette continuation de contrats, prévoit, pour rendre celle-ci valable, une consultation du cocontractant, c'est-à-dire du cédé. En effet, il est prévu à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 86<sup>395</sup> de cette loi que la cession est faite par le tribunal « *au vu des observations des cocontractants transmises par l'administrateur* ». Parallèlement, l'article 105 du décret d'application de la loi du 25 janvier 1985 prévoit que « *lorsque le tribunal est appelé à se prononcer sur la cession des contrats mentionnés à l'article 86 (...) ou sur le transfert d'un nantissement mentionné à l'article 93, le ou les cocontractants ou le titulaire du nantissement sont convoqués à l'audience...* ». Tout ceci prouve, en définitive, qu'en dépit de la nature légale de cette continuation de contrats, il est tout de même prévu une certaine intervention du cédé<sup>396</sup>, même si elle ne constitue pas une condition de validité de la continuation contractuelle<sup>397</sup>. Pourquoi une telle démarche à l'égard des cocontractants de l'entreprise en difficulté ? La réponse consiste tout simplement en ce qu'il s'agit en l'espèce d'une « cession » de

---

<sup>393</sup> Selon M. L. AYNES, rien n'empêche que ce « *consentement du cédé puisse être tacite et se déduire de la nature de l'opération* » : V. art. préc., idem.

<sup>394</sup> C'est le jugement qui ordonne la cession de l'entreprise qui détermine, en même temps, les contrats qui seront transférés avec elle : V. GUYON Y., *Droit des affaires*, t. 2, *entreprises en difficultés*, 2002, p. 334, n°1290. En revanche, dans le cadre de la procédure simplifiée et si un administrateur n'a pas été désigné, ce sera le débiteur, sur autorisation du juge-commissaire, qui pourra imposer la continuation des contrats nécessaires à la poursuite de l'activité sociale : V. art. L. 141, alinéa 2 du Code de commerce.

<sup>395</sup> Il s'agit de l'actuel article L. 621-88, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de commerce.

<sup>396</sup> C'est ce qui résulte de l'alinéa 3 de l'article 86, de la loi du 25 janvier 1985. En outre, il est également dit, en ce qui concerne les délais de paiement imposés par le juge, que le cocontractant doit être entendu ou dûment appelé.

<sup>397</sup> Il faut préciser, en effet, que la consultation ou l'information du cocontractant prévue par la loi du 25 janvier 1985, n'est pas une condition de validité de la continuation du contrat. L'emploi du terme « *observations* » est assez révélateur. Comme le faisaient remarquer certains auteurs, ce terme le caractère simplement indicatif de la volonté exprimée par le cédé (V. M.-H. MONSIERE, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, préc., p. 296, n° 311). La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 18 octobre 1991, illustre parfaitement une telle analyse en disant qu'il « *ressort des articles 64 et 86 de la loi du 25 janvier 1985 que la cession des contrats est effective dès le prononcé du jugement arrêtant le plan et sans que le consentement des cocontractants concernés soit nécessaire, leurs critiques ne pouvant valablement porter que sur le fait que les conditions du contrat auraient été modifiées* ».

contrats. Peut-on appliquer une telle démarche au cas de continuation de contrats résultant des fusions et des scissions ?

**§.2. La continuation de principe des contrats résultant des fusions et scissions, est-elle soumise à une consultation ou un agrément nécessaire du cocontractant de la société absorbée ?**

**247. De l'information du cocontractant-** Nous avons précédemment relevé que le transfert de contrat<sup>398</sup>, tant en droit commun qu'en droit des procédures collectives, est soumis à une certaine information ou consultation du cocontractant. En droit commun, l'importance de cette formalité est telle qu'elle conditionne, dans une certaine mesure, la validité de la « continuation » du contrat. Si cette consultation du cocontractant est légitime aussi bien en droit commun qu'en droit de l'entreprise en difficulté, peut-on juridiquement le transposer au droit des fusions et des scissions ? La continuation des contrats consubstantielle au principe de la transmission universelle de patrimoine, doit-elle, nécessairement, être subordonnée au consentement du cocontractant de la société fusionnée ou scindée ? Ou encore, celui-ci doit-il, à tout le moins, être informé de cette continuation ? A notre avis, la réponse ne peut être que négative, car la transmission universelle de patrimoine n'est pas un cas de « cession » (I) et la société absorbante n'est pas juridiquement un tiers (II).

**I. L'indifférence de principe de l'information et du consentement du cocontractant de la société absorbée**

**248. De l'absence principielle de consultation du cocontractant-** Au regard de la perception classique qu'on a souvent du contrat, mais également et surtout de la controverse relative à la transmission de certains contrats<sup>399</sup>, il est, à notre avis, important de se demander si l'information ou le consentement du « cédé » conditionne la réalisation de la règle de transmission de contrat, à l'issue d'une opération de fusion ou de scission ?

---

<sup>398</sup> V. supra n°50.

<sup>399</sup> Il s'agit de la controverse tant doctrinale que jurisprudentielle à propos de la transmission de droit ou non des contrats conclue *intuitu personae* par la société qui disparaît, au terme d'une fusion et scission.

Dans le cadre de la transmission universelle de patrimoine, on ne peut, selon nous, et cela, par principe, soumettre la continuation des contrats ni à l'information encore moins au consentement du cocontractant de la société qui disparaît. Le principe de la transmission qui, en l'occurrence, est « *universelle* » postule de répondre négativement à cette interrogation. En effet, la loi du 5 janvier 1988 qui organise le régime juridique des fusions et scissions dispose, au travers de l'article L. 236-3, que la réalisation de telles opérations « *entraîne la transmission universelle de patrimoine* » des sociétés qui disparaissent aux sociétés bénéficiaires. L'usage de l'indicatif « *présent* » est révélateur. Il autorise de constater que cette transmission, en plus d'être universelle, s'opère de plein droit, c'est-à-dire automatiquement. La transmission des contrats étant automatique, elle écarte donc, par principe, toute idée de requérir une quelconque consultation du cocontractant. Elle écarte, par ailleurs, la réquisition du consentement du cocontractant. C'est dire que la poursuite du contrat, à l'issue d'une fusion ou scission, est indifférente à la fois à l'information personnalisée du cocontractant qu'à son consentement. Les fusions et scissions faisant l'objet de mesures de publicité spécifiques et rigoureuses<sup>400</sup>, toute autre publicité est, par principe exclue, sauf bien sûr pour certains biens ou droits particuliers<sup>401</sup>. Ainsi, même s'il ne reçoit pas de lettre l'informant, à titre personnel, de la survie du contrat, cela n'empêchera pas pour autant à celui-ci d'être continué par la société bénéficiaire. Ceci est d'autant plus vrai, qu'au strict plan juridique, le transfert universel se distingue de la cession de contrats.

**249. Transmission universelle de contrat n'est pas cession de contrat-** Si pour le transfert à titre particulier du contrat, tant en droit commun qu'en droit des procédures

---

<sup>400</sup> Le projet de fusion et de scission fait, en effet, l'objet de larges mesures de publicité destinées à assurer une information à la fois interne et externe sur l'opération. Dans le cadre de l'information externe, outre la communication du projet aux commissaires à la fusion et à l'autorité des marchés financiers, trois autres mesures de publicité sont mises en œuvre. Elles sont toutes destinées à assurer une information plus générale sur l'opération de fusion ou de scission. Il s'agit du dépôt du projet de l'opération au greffe du tribunal de commerce du siège des sociétés participantes à l'opération (V. art. L. 236-6, alinéa 2 C. com.), de son insertion dans un journal d'annonces légales (V. art. L. 236-6 C. com.) et, le cas échéant, au bulletin des annonces légales obligatoires. Ces mesures de publicité sont, en outre, prolongées par l'information de l'administration : dépôt d'une déclaration au Trésor lorsque l'opération envisagée place la société absorbée sous le contrôle de capitaux étrangers ; notification devra aussi être faite au ministre de l'économie si l'opération de concentration en cours de réalisation atteint les seuils fixés par l'ordonnance du 1er décembre 1986. D'autres mesures de publicité sont, en revanche, destinées à l'information interne à la société. C'est dans cette optique que le projet de fusion ou de scission doit être mis à la disposition à la fois des actionnaires et, éventuellement, du Comité d'entreprise puisqu'il y a dans ce cas modification de l'organisation économique de l'entreprise.

<sup>401</sup> Il s'agit particulièrement des brevets et marques. Aussi, si le patrimoine de la société absorbée contient une marque, obligation est faite, en dépit de la transmission universelle, de procéder à une inscription au registre national des marques (V. Art. 21 du décret du 27 juillet 1965 portant application de la loi sur le marques de fabrique, de commerce ou de service. Il en est de même du brevet qui doit faire l'objet d'une inscription au registre national des brevets indépendamment des formalités de publicité spécifiques à l'opération de fusion (V. art. 76 du décret n°79-822 du 19 septembre).

collectives, l'intervention du cocontractant cédé est requise, c'est tout simplement parce qu'il s'agit, en ces cas, de transfert isolé de contrats, autrement de cession de contrats. Celle-ci n'est pas la simple transmission du contrat à cause de mort<sup>402</sup>. Une telle analyse vaut aussi bien pour les personnes morales que physiques. En effet, lorsque des ayants cause à titre universel recueillent le bénéfice d'un contrat, il ne s'agit nullement d'une cession de contrat. Non cessionnaires, les héritiers deviennent parties au contrat. Autrement dit, ils sont « *investis de tous les droits et actions du défunt*<sup>403</sup> ». Concernant les personnes morales, notamment les sociétés commerciales, la question de transmission est, sans conteste, identique. Puisque la société disparue, en l'occurrence la société absorbée, est « *décédée* », la société bénéficiaire, c'est-à-dire la société nouvelle ou absorbante, est considérée comme une « *héritière* ». Elle poursuit la relation contractuelle sans discontinuité. Il n'y a pas, en ce cas de cession, selon nous mais, au contraire, il s'agit d'une continuation<sup>404</sup>. Ce qui est fondamentalement différent du cas de cession de contrat.

**250. Cession de contrat à distinguer de la transmission du contrat-** Institution relativement nouvelle<sup>405</sup> en droit français, contrairement à certains droits étrangers, notamment portugais et italien, la cession de contrat est l'opération par laquelle un contractant, le cédant, transmet sa position contractuelle à un individu, appelé cessionnaire. Autrement dit, elle traduit une opération dont l'objet consiste au remplacement d'une partie au contrat par une tierce personne au cours de l'exécution de ce contrat<sup>406</sup>. Au terme de cette opération, le cessionnaire se substitue ainsi au cédant dans ses rapports avec le cocontractant cédé qui se retrouve avec quelqu'un qu'il n'a pas choisi. Ce qui n'est pas sans risque pour le cédé, et cela d'autant plus que ce transfert du contrat est opéré de manière isolée du patrimoine du cédant. C'est ce risque, inhérent à la cession de contrat, qui explique les méfiances qu'elle a soulevées et qu'elle continue de susciter<sup>407</sup>. C'est donc

<sup>402</sup> V. Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Litec, 2002, p. 274.

<sup>403</sup> V. Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *Droit des obligations*, op. cit., idem.

<sup>404</sup> Selon nous, on ne peut pas parler de « substitution » lorsqu'on évoque le principe de la transmission universelle de patrimoine aussi bien en ce qui concerne les personnes physiques que morales. Le terme « substitution » fait, à notre avis, beaucoup plus référence à la notion de « cession » que celle de « transmission universelle ». Dans ce cas-ci, l'expression qui convient le mieux, c'est celui de « continuation », l'héritier continuant la personne du de cujus. Substituer, nous dit-on, c'est mettre en lieu et place de quelqu'un, quelqu'un d'autre (V. Le Petit Larousse Illustré, 2002, p. 971). Or, en cas de transmission universelle, il ne s'agit pas de prendre quelqu'un pour le mettre à la place d'une autre personne. Il y a tout simplement une continuation de quelqu'un ou de quelque chose. C'est pourquoi on qualifie une telle situation de « dévolution », puisqu'en l'occurrence, la transmission est « universelle ». Venant du latin *continuus*, la continuation signifie poursuite d'une situation sans interruption dans le temps et l'espace. C'est, par conséquent, faussement évoquer la transmission universelle en utilisant l'expression de substitution.

<sup>405</sup> V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Obligations*, t. 2, *Contrats et quasi-contrats*, 11<sup>e</sup> éd., Cujas, 2002, p. 303, n° 510.

<sup>406</sup> V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, ouvrage préc., idem.

<sup>407</sup> V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., idem.



pour protéger le cocontractant cédé de cette substitution de contractant faite à titre particulier, que son intervention est imposée. Or, comme nous l'avons déjà souligné, les fusions et scissions ne sont pas des cas de cession. Elles sont des techniques de transmission universelle de patrimoine. Par conséquent, la poursuite du contrat, conformément à ce principe de transmission universelle, exclut tout formalisme particulier. En effet, la distinction de la transmission universelle du contrat de la cession du contrat permet de relever la non nécessaire consultation du cocontractant dans le processus de fusion et de scission. Précisons que, contrairement à la transmission universelle de contrat, la cession de contrat, en droit commun, est un mécanisme juridique reposant sur un triple accord de volonté, en l'occurrence celle du cédant, du cédé et du cessionnaire<sup>408</sup>. Elle est une opération autonome qui, pour être efficace, exige l'accord de ces trois volontés alors que la continuation du contrat, objet de notre étude, est la conséquence d'une opération plus globale. Car, même si le consentement du cédé ne se révélera pas nécessaire à la validité de la cession, il le sera, en revanche, pour la libération du cédant. Ce qui ne sera pas nécessaire dans le cadre de la continuation universelle de contrat.

**251.** En effet, la transmission universelle s'opère comme une véritable dévolution de patrimoine. Etant automatique, elle ne saurait impliquer une information individuelle des cocontractants de la société qui disparaît. Il convient d'insister sur le fait que la transmission universelle ne se réduit pas à une addition de cessions isolées des éléments composant le patrimoine de la société absorbée<sup>409</sup>. La seule réalisation des formalités de publicité spécifiques aux fusions et scissions annihile, par principe, l'exigence de tout particularisme juridique pour que s'opère la transmission universelle du patrimoine, dont les contrats font parties. Faut-il rappeler que c'est en vertu de cette transmission universelle automatique que, par exemple, des dispositions particulières telles que celles relatives au transfert des créances<sup>410</sup> et du fonds de commerce<sup>411</sup> de la société absorbée ne peuvent s'appliquer ? En définitive, si la consultation du cocontractant est concevable dans le cadre de la cession de contrat, elle est, d'une manière principielle et logique, exclue en droit des

<sup>408</sup> Nous étudierons un peu plus en détails cette notion qu'est la cession de contrat au cours de la deuxième partie de notre partie.

<sup>409</sup> V. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 15<sup>e</sup> éd., Litec, 2002, p. 672 ; M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, t.1-vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 18<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 2002, p. 651, n° 1975.

<sup>410</sup> Le formalisme mis en place par l'article 1690, du Code civil, n'est pas applicable au cas de transmission universelle de patrimoine. Voir en ce sens M. GERMAIN préc., idem. ; Cass. civ., 7 mars 1972 : JCP 1972, II, 17270, note Y. GUYON et Cass. com., 1<sup>er</sup> juin 1993 : Defrénois, 1993.1210, note LE CANNU.

<sup>411</sup> L'article L. 141-21, du Code de commerce, modifié par la loi du 11 février 1994, écarte la publicité de l'apport d'un fonds de commerce en cas de fusions. Voir en ce sens Paris, 10 avril 1986 : Rev. soc. 1986.428, obs. J.-J. DAIGRE.

fusions et scissions. La consultation du cocontractant ne s'impose, en outre, car la société bénéficiaire ne saurait être identifiée à un tiers.

## **II. L'absence de statut de tiers chez la société bénéficiaire en droit des fusions et des scissions**

**252. La notion de tiers-** Si le cessionnaire d'un contrat est obligé d'être agréé par le cédé, pour que la continuation du contrat soit efficace, c'est parce qu'il représente un tiers au regard du cédant. Mais, que signifie cette notion ? En donnant un « coup de torche » aux dispositions du Code civil, pour reprendre l'expression du Professeur Christian GAVALDA, on constatera que seuls quelques textes évoquent cette notion sans la définir<sup>412</sup>. C'est donc la doctrine qui a tenté de la cerner. Sans entrer dans les débats doctrinaux<sup>413</sup>, on admet que le véritable tiers est celui qui serait totalement étranger au contrat ou à l'une des parties<sup>414</sup>, c'est-à-dire l'ayant cause à titre particulier. Ce qui n'est pas le cas de la société absorbante, ayant cause universel.

**253. La société bénéficiaire, ayant cause universel-** Il faut peut être rappeler que l'ayant cause universel ou à titre universel représente le successeur de l'une des parties au contrat, décédée ou dissoute. A ce titre, le successeur, personne physique a vocation à recueillir l'ensemble du patrimoine de son « auteur » dont il continue la personne, et cela, en vertu d'une fiction légale. La personne morale bénéficiaire, elle aussi, en tant que successeur, recueille le patrimoine de la société dissoute. Au même titre que l'héritier, elle est également censé continuer la personne de l'entité dissoute<sup>415</sup> en vertu de la même fiction légale. Toutefois, au regard de la spécificité du sujet de droit disparu, la société bénéficiaire est censé en outre continuer celle dissoute, en vertu d'une certaine réalité, en l'occurrence l'activité sociale recueillie. Aussi, continuateur tant de la personne que de l'activité de l'entité dissoute, l'ayant cause universel que représente la société bénéficiaire, dans le cadre des fusions et des scissions, ne saurait être identifiée à un tiers.

---

<sup>412</sup> C'est notamment le cas des articles 1120, 1121 et 1122 du Code civil.

<sup>413</sup> V. notamment C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *De l'élargissement de la notion de partie au contrat...à l'extension de la portée du principe de l'effet relatif*, RTD civ. 1994, p. 275 ; J.-L. AUBERT, *A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers*, RTD civ. 1993, p. 263 ; F. BERTRAND, *L'opposabilité des contrats aux tiers*, thèse Ronéot, Paris II, 1979 ; J. LIMPENS, *De l'opposabilité des contrats à l'égard d'un tiers, Contribution à l'étude de la distinction entre les droits réels et personnels*, in Mlges Roubier, t. 2, p. 89.

<sup>414</sup> V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Obligations*, t. 2, op. cit., p. 238, n° 397.

<sup>415</sup> V. infra n° 126 et s.

**254. La société absorbante n'est pas un tiers-** Contrairement au cessionnaire, la société absorbante est bénéficiaire, non pas d'un bien déterminé, mais au contraire, d'une dévolution globale d'un patrimoine, c'est-à-dire d'une universalité. Si la cession permet à un tiers de devenir partie à un contrat, la transmission universelle de patrimoine, elle, implique une certaine continuation de la qualité de contractant. Ce qui n'est pas la même chose. Acquérir une qualité et continuer celle-ci constituent deux choses distinctes. En effet, dans le cadre de la cession, la poursuite de la qualité de contractant se fait avec discontinuité, caractérisée par la création d'un nouveau contrat entre le cédant et le cessionnaire. En revanche, dans le cas de la transmission universelle de patrimoine, la poursuite du contrat s'opère sans discontinuité. Car, la société bénéficiaire, est continuatrice de plein droit de la société absorbée : c'est l'essence même de ce mode de transmission originale qui est à la fois globale et simplifiée. A ce titre, elle n'apparaît pas comme tiers au contrat, mais comme partie, car elle continue cette qualité de la société absorbée, figurant dans le patrimoine reçu. C'est dire donc que l'ayant universel, dont notamment la société bénéficiaire en l'espèce, « *est assimilée à la partie qu'elle continue*<sup>416</sup> ». Dans sa brillante thèse, portant sur « *le tiers à l'acte juridique*<sup>417</sup> », M. Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE faisait aussi remarquer que les ayants cause universels ne sont pas des tiers et que, par conséquent, ils continuent les contrats signés par leur auteur. La société bénéficiaire n'étant pas tiers, la continuation de plein droit du contrat exclut, par principe, toute consultation du cocontractant. Cette analyse est à la fois conforme au principe de la transmission universelle qu'à l'évolution du droit commun en général.

**255. Mutation du droit commun-** En effet, la détermination de la portée d'une convention, à notre avis, ne devrait pas qu'uniquement tenir compte des seules personnes présentes au moment de sa création. Le mandant, par exemple, est obligé par le contrat parce qu'il en est partie alors même qu'il n'était pas présent à sa conclusion. Autrement dit, en dépit de son absence physique pour échanger son consentement avec le cocontractant, il n'est pas pour autant considéré comme un tiers. Ceci montre à quel point, il est aujourd'hui erroné de se placer au jour de la formation d'un contrat pour déterminer sa portée. La même conclusion est tirée par une certaine doctrine autorisée qui affirmait, à juste titre, qu'« *il ne suffit pas de se placer au moment de sa conclusion et de désigner*

---

<sup>416</sup> V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, ouvrage préc., p. 239, n° 399.

<sup>417</sup> V. Ph. Delmos SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, thèse Bordeaux IV, L.G.D.J., 2000, p. 8 et s.

*comme parties les personnes qui échangent leur consentement, et comme tiers toutes les autres*<sup>418</sup> ». Elle propose ainsi de se placer au moment où la convention produit ses effets pour déterminer qui sont réellement parties et tiers. Les qualités de tiers et de parties étant des notions extrêmement variables, un auteur a même proposé de revoir leur distinction, qui est devenue, selon lui, classique<sup>419</sup>. C'est dans cette optique que le Professeur Jacques GHESTIN proposait de considérer que « *sont parties toutes les personnes liées avec leur consentement effectif, quels qu'en soient la forme ou le moment, par les effets obligatoires du contrat. Sont tiers toutes les autres personnes y compris celles qui sont liées par les effets obligatoires du contrat dès l'instant où elles n'ont pas consenti à cet effet obligatoire* »<sup>420</sup>.

**256.** On remarque, en définitive, que la notion de tiers autant que celle de partie a évolué. La partie contractante n'est plus seulement la personne qui est intervenue au jour de la conclusion du contrat. Que cette qualité est aussi valable pour certaines personnes intervenant au stade de l'exécution du contrat. C'est particulièrement le cas de l'héritier qui continue le contrat figurant dans le patrimoine recueilli et qui, par conséquent, ne saurait, être considéré comme un tiers. Il en est de même de la société, bénéficiaire d'une transmission universelle de patrimoine, suite à une fusion ou scission. Tous les deux, continuateurs de la personne disparue, sont, par principe, assimilés à des parties. Par conséquent, la société absorbante ou nouvelle, ayant cause universel, continue de droit les contrats figurant dans le patrimoine reçu, et cela, sans qu'il soit nécessaire de requérir, par principe, l'accord du cocontractant. Si les contrats de la société absorbée sont de droit destinés à se poursuivre, cela n'en invite pas moins à s'interroger sur les effets de cette règle de continuation des contrats.

---

<sup>418</sup> V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., p. 238, n° 398.

<sup>419</sup> V. J.L. AUBERT, *A propos d'une distinction renouvelée des parties et de tiers* : RTD civ. 1993, p. 263.

<sup>420</sup> V. J. GHESTIN, *Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers* : RTD civ. 1994, p. 777 et s.

## **Conclusion du chapitre II :**

257. La question de l'« *utilité* » du contrat en cours révèle l'une des différences de cette notion en droit des fusions et des procédures collectives. Dans la première matière, la seule caractéristique qui vaille du contrat en cours est, assurément, celle de la persistance de l'existence d'obligations à la charge des parties au jour de l'opération de fusion ou de scission. On peut donc remarquer que la notion de contrat en cours s'identifie, ici, à celle du droit commun. Elle se distingue de celle appliquée en droit des procédures collectives. Dans cette matière-ci, la seule persistance d'obligations ne conduit pas forcément à prendre en compte le contrat en cours dans toute son ampleur. Encore, faudra-t-il que l'administrateur veuille le continuer et ce dans l'hypothèse où ce contrat présenterait un intérêt pour la sauvegarde de l'entreprise. Cette faculté réservée à l'administrateur, en droit des procédures collectives, fait défaut à la société bénéficiaire en droit des fusions et des scissions, caractérisées par le principe de la transmission universelle de patrimoine. Il en résulte donc qu'en droit des procédures collectives, contrairement au droit des fusions et des scissions, la mise en œuvre de la notion de contrat en cours conduit, dans une certaine mesure, à méconnaître des droits nés de la convention dont le cocontractant aurait pu s'en prévaloir. Ceci se comprend aisément, car en procédures collectives, le contrat en cours continué s'entend du contrat nécessaire à la sauvegarde de l'entreprise.

## CONCLUSION DU TITRE II

**258.** Arrivé au terme de l'étude de l'objet du titre I, on peut retenir que la continuation de contrats résultant du principe de la transmission universelle de patrimoine, prévu à l'article L. 236-3 du Code de commerce, en plus d'être générale est, par principe, automatique. Il n'est donc pas nécessaire que le cocontractant soit personnellement informé de l'opération emportant transmission universelle du contrat. Ni la société absorbée, encore moins la société bénéficiaire ne sauraient être tenues d'une telle obligation qui est, par ailleurs, contraire au principe même consacré par la disposition législative susvisée. Aussi, dès la réalisation définitive de l'opération, la société absorbante ou nouvelle est censé de plein droit continuer le patrimoine de la société disparue, dont notamment les contrats figurant dans ce patrimoine.

**259.** Comme le soulignent certains auteurs<sup>421</sup>, la fusion, mais aussi la scission, impliquent que le patrimoine de la société absorbée est en conséquence transmis de façon « **universelle** » à la société absorbante. La transmission du patrimoine de la société absorbée étant universelle, cela fait que, par voie de conséquence, la société bénéficiaire recueille et continue l'ensemble de ses droits, biens et obligations. Celle-ci sera donc tenue des mêmes droits et obligations contractuels que l'était la société disparue. En d'autres termes, la règle de continuation ne saurait, par principe, modifier<sup>422</sup> les contrats en cours de la société absorbée ou scindée.

---

<sup>421</sup> V. M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 15<sup>e</sup> éd., 2002, p. 671, n° 1740.

<sup>422</sup> Rien n'empêche, en revanche, que les parties, c'est-à-dire la société bénéficiaire et le cocontractant de décider, d'un commun accord, de modifier le contrat en cause. Selon nous, rien ne peut, non plus, les empêcher d'aller même plus loin, autrement dit d'estimer que la conclusion d'un nouveau contrat est nécessaire entre eux en raison d'une modification trop importante des conditions d'exécution du contrat continué.

## **CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE:**

**260.** Tout au long de cette première partie, nous avons cherché à démontrer tout au long du titre premier le fondement de cette substitution contractuelle qu'entraînent les opérations de fusion ou de scission.

**261.** En faisant un parallèle avec les autres techniques de transmission d'entreprise, telles que la cession de contrôle et la cession d'entreprise à la suite d'une procédure collective, on constatera que les fusions et scissions constituent des modalités originales de transmission universelle de patrimoine irréductibles aux techniques ci-dessus mentionnées. Aussi, nous a-t-il paru nécessaire de rechercher s'il existe des critères devant être remplis pour que s'opère cette continuation contractuelle par l'effet de ces opérations, objet de notre étude.

**262.** C'est cette interrogation qui a constitué l'épicentre de notre second titre, au cours duquel nous avons pu découvrir que la règle de continuation contractuelle, qui résulte des fusions ou scissions, requiert tout simplement que le contrat conclu par la société qui disparaît soit, au moment de la réalisation définitive desdites opérations, en cours d'existence et en cours d'exécution.

Peu importerait donc que les obligations auxquelles donne naissance le contrat soient à terme ou sous condition ou même subsidiaires, l'essentiel étant que celui-ci comporte encore des prestations à exécuter. Par ailleurs, la nature internationale du contrat en cours ne constitue pas un obstacle de principe à sa transmission par l'effet de la fusion ou de la scission.

**263.** Nous avons pu, également, vérifier que certains accords, en dépit de leur nature précontractuelle, constituent bel et bien des contrats et qu'ils sont, par conséquent, transférables à la société bénéficiaire nouvelle ou absorbante. Le principe étant que tous les actes juridiques créateurs d'obligations liant la société dissoute doivent, par l'effet de la fusion ou de la scission, être continués par la société qui résulte desdites opérations.

Il conviendrait, à présent, dans la seconde partie de notre recherche, de déterminer le champ d'application de cette règle de substitution contractuelle qui résulte des fusions et des scissions de sociétés. Autrement dit, il s'agirait de se demander si ce principe de

continuation contractuelle de plein droit est ou non absolue. Plus encore, il reviendrait de déterminer s'il existe des facteurs, dont notamment l'intuitus personae, de nature à contrarier la règle du transfert universel du contrat qui résulte des fusions et des scissions. Cette interrogation, au-delà de son objectif immédiat, nous permettra, également, de retracer la mutation subie par la notion du « *contrat* » qui a passé d'une conception classique à une autre moderne. Cette transformation subie par le contrat, on le remarquera, est plus profonde que celle subie par la notion d'« *entreprise* » que nous avons ci-dessus exposée.



## **DEUXIÈME PARTIE LA PORTÉE DE LA RÈGLE DE LA CONTINUATION DES CONTRATS DANS LE CADRE D'UNE OPÉRATION DE FUSION ET DE SCISSION**

**264. Problématique de la portée de la règle de continuation-** La continuation des contrats, à l'issue d'une opération de fusion et scission si, de façon générale, elle fait l'unanimité, il reste que demeure une question essentielle : quelle est sa véritable portée ? En d'autres termes, ce principe qui voudrait que les contrats en cours de la société absorbée ou scindée, se poursuivent est-il censé s'appliquer, de plein droit, à tous les contrats, quels qu'ils soient ? ou, comme le pensent certains, son champ d'application est-il, par nature, limité uniquement à certains types de contrats ? Que dit, à ce propos, le législateur, qu'il soit interne ou européen ? On peut remarquer, dans cette perspective, que ni les directives européennes de 1978<sup>423</sup> et de 1982<sup>424</sup>, ni le code civil, par le biais de l'article 1844-5<sup>425</sup>, ni encore la loi du 5 janvier 1988, n'ont clairement établi la portée de l'effet de continuité du patrimoine de la société absorbée. On sait, toutefois, que les fusions et scissions entraînent une série de conséquences dont, notamment le transfert universel du patrimoine de la société qui disparaît au profit de la société bénéficiaire nouvelle ou absorbante. Cette conséquence suppose, tout logiquement, la continuation de l'ensemble du patrimoine, et donc la continuation de l'ensemble des contrats en cours de la société contractante disparue, par la société bénéficiaire.

De l'examen des textes légaux, nul constat d'une quelconque restriction de la portée de la règle de continuation. On relève, au contraire, l'affirmation d'une règle qui se veut générale et non pas sélective et ce, dans l'intérêt bien compris de l'entreprise (**Titre I**). Ce qui n'est pas surprenant, lorsqu'on sait que la loi du 5 juin 1988 donne à l'ensemble du patrimoine social, dont particulièrement les contrats, une fonction essentielle : il doit être au service du développement et de la transmission de l'entreprise. Toutefois, malgré son caractère général, la règle de continuation est loin d'être absolue ( **Titre II**).

---

<sup>423</sup> V. Troisième Directive 78/855/CEE du Conseil, du 9 octobre 1978.

<sup>424</sup> V. Sixième Directive 82/891/CEE du Conseil, du 17 décembre 1982.

<sup>425</sup> En vertu de cette disposition, la réunion de toutes les parts sociales d'une société entre les mains de l'associé unique personne morale, n'entraîne pas sa dissolution mais, au contraire, transmission universelle de son patrimoine à l'associé unique, et cela, sans qu'il y ait lieu à liquidation.

**TITRE I LE PRINCIPE DU CARACTÈRE GÉNÉRAL DE LA RÈGLE  
DE CONTINUATION DES CONTRATS À L'OCCASION DES  
FUSIONS ET DES SCISSIONS**

## **265. Problématique à propos du sens de la règle de continuation des contrats-**

S'il est indiscutable que les fusions et scissions, du fait de la transmission universelle du patrimoine qu'elles impliquent, emportent, naturellement, la continuation des contrats en cours à l'actif de la société absorbée, il n'en demeure pas moins qu'une question essentielle mérite d'être abordée. C'est celle de la portée de cette règle de continuation. Celle-ci, est-elle censée s'appliquer, de manière indifférente, à tous les contrats conclus par la société absorbée ? ou bien est-elle destinée à s'opposer uniquement à certains types de contrats ? Le législateur, en consacrant le principe de la transmission universelle de patrimoine, le voulait-il général ou limité ?

**266. Sens véritable de la règle de continuation des contrats-** Si l'on y regarde de plus près l'article L.236-3 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce, on remarquera qu'il comporte deux règles essentielles. D'abord, il impose le principe du transfert de l'ensemble du patrimoine, dont les contrats, de la société absorbée à la société absorbante. Il donne, ensuite, la mesure de cette transmission qui, en plus d'être universelle, s'opère, par principe, sans restrictions. Car, il y est dit qu'elle s'effectue « *dans l'état où se trouve ce patrimoine à la date de la réalisation définitive de l'opération* ». Ceci prouve, par voie de conséquence, que cette règle de continuation des contrats est forcément une règle générale. C'est-à-dire, donc, une règle qui est censée s'appliquer, par principe, à tous les contrats en cours figurant dans le patrimoine de la société absorbée. Aussi, conviendrait-il, de montrer, en premier lieu, que contrairement à ce qui est souvent dit, en matière de transmission universelle, l'*intuitus personae*, est, par principe, impuissant à empêcher la poursuite du contrat à l'actif de la société absorbée (**Chapitre I**).

Après avoir montré que les fusions et scissions, auxquelles il faudrait aujourd'hui associer la dissolution des sociétés unipersonnelles et l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions, rendent naturellement inopérant l'*intuitus personae*, nous prendrons quelques exemples de contrats pur illustrer notre propos. Cependant, compte tenu du caractère vaste du sujet, nous nous limiterons à quelques contrats que nous considérons comme essentiels pour enrichir notre analyse (**Chapitre II**).

## **CHAPITRE I L'INDIFFERENCE DE PRINCIPLE DE LA NATURE INTUITU PERSONAE DU CONTRAT EN CAS DE FUSION ET SCISSION**

**267. Intérêt du contrat pour l'entreprise-** L'affirmation du principe de continuation étant, à la fois, automatique et générale, nous nous attacherons de démontrer qu'en matière de transmission universelle, contrairement au cas de cession, l'*intuitus personae* ne peut, par principe, servir d'obstacle à la continuation des contrats. Plusieurs arguments fondent cette solution. A côté de certains facteurs internes (**Section I**), il existe d'autres, externes (**Section II**), qui justifient cette impuissance principielle de l'*intuitus personae* à mettre en échec la poursuite du contrat, à l'occasion d'une fusion et scission.

### **SECTION I LES FONDMENTS INTERNES JUSTIFIANT LA CONTINUATION AUTOMATIQUE DES CONTRATS *INTUITUS PERSONAE***

**268.** Il s'agit, ici, de montrer que l'application de la règle de continuation à tous les contrats en cours de la société absorbée, même ceux conclus *intuitu personae*, trouve une certaine justification, au-delà de la spécificité de la matière (§.3), sur l'absence très remarquée d'une volonté législative explicite d'exclure de tels contrats (§.1). En effet, si le législateur avait réellement voulu les exclure de la règle de continuation, il aurait pu le faire sans difficultés tant en 1988 qu'ultérieurement. De plus, le caractère général de la règle de continuation des contrats est également renforcée par le fait que la société bénéficiaire constitue, dans une certaine mesure, une continuité de la société absorbée ou scindée, fût-il sous une autre forme (§.2). Puis, nous montrerons l'incohérence de la solution qui veut de l'exclusion de principe des contrats *intuitu personae* dans l'hypothèse de l'absorption d'une entreprise en difficulté (§.4). Aussi, doit-on fustiger la solution qui voudrait exclure de droit, de la transmission universelle, des contrats uniquement parce que conclus *intuitu personae* (§.5).

## §.1. Les réserves des législateurs tant communautaire que français quant à l'exclusion de principe des contrats *intuitu personae* de la transmission universelle

**269. Mutisme législatif-** Aucun des deux législateurs, qu'ils soient européen (I) ou français (II), n'a daigné traité à titre particulier le sort des contrats *intuitu personae* dans le cadre des fusions et des scissions. Ce silence est d'autant plus étonnant que la réalisation de ces deux opérations implique, faut-il le rappeler, la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée ou scindée à la société bénéficiaire. Or, affirmer que la transmission est « *universelle* »<sup>426</sup>, c'est dire que l'ensemble du patrimoine de la société qui disparaît est, de principe, transféré à la société bénéficiaire. Aussi, si le législateur voulait réellement exclure les contrats *intuitu personae* de la continuation de plein droit, la logique juridique élémentaire aurait voulu qu'il affirme cette volonté au travers d'une disposition expresse adéquate. Aussi, conviendrait-il d'examiner et d'interpréter ce silence des deux législateurs.

### I. Le législateur communautaire et la continuation des contrats *intuitu personae* à l'occasion des fusions et des scissions

**270. Absence de limitations expresses-** Les réflexions menées dans les années soixante dix au sein du comité chargé de préparer la troisième directive européenne<sup>427</sup> mis en place par la Commission ont rapidement mis en lumière l'importance que revêt le contrat pour l'entreprise, d'une part et pour les restructurations d'entreprise, d'autre part. La Commission a, par conséquent, décidé d'inscrire son action dans l'élimination des obstacles tendant à empêcher les concentrations d'entreprises, en particulier dans les fusions et les scissions. C'est précisément dans cette optique que le conseil a décidé respectivement dans la troisième et la sixième directives, au travers de leurs articles 3, 4 et 2, que la réalisation d'une fusion ou d'une scission « *entraîne la transmission de l'ensemble du patrimoine activement et passivement* » de la société absorbée ou scindée à la société bénéficiaire. Le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 19 de la troisième Directive européenne confirme les dispositions précédentes. Il est dit en cet article que « *la fusion*

---

<sup>426</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>427</sup> V. T. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Kluwer éditions Juridiques, 1993.

*entraîne ipso jure et simultanément la transmission universelle, tant entre la société absorbée et la société absorbante qu'à l'égard des tiers, de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante*<sup>428</sup> ». Conformément à la loi communautaire, cette transmission est par principe « *universelle* », c'est-à-dire globale, et ce, de plein droit. Le législateur européen l'a voulu ainsi dans le but, comme nous l'avions déjà signalé de favoriser les concentrations de sociétés au sein de l'Union afin que celles-ci puissent notamment faire face à la concurrence des grands ensembles étrangers, notamment américains et asiatiques.

**271.** Cette analyse est d'autant plus plausible qu'un auteur faisait une constatation intéressante. Dans son Traité des fusions, c'est un rappel, M. Thierry TILQUIN, juriste belge, nous apprenait un événement très important. Il constate, d'abord, qu'avant l'application des troisième et sixième directives « *les contrats et les obligations qui présentaient un caractère intuitu personae dans le chef de la société apporteuse constituaient une exception au principe du transfert universel du patrimoine*<sup>429</sup> ». Il constate, ensuite, que ces mêmes directives n'ont pas excepté les contrats conclus *intuitu personae* de la règle de la transmission universelle, alors même que cette question a été évoquée lors des travaux préparatoires de la troisième directive. On peut se demander en effet pourquoi l'exclusion des contrats *intuitu personae*, expressément prévue dans les travaux préparatoires de la troisième directive, a disparu du texte définitif. Selon nous la raison essentielle, c'est que le législateur communautaire, dans l'optique de favoriser les concentrations des entreprises, voulait tout simplement donner à la règle de la transmission universelle de patrimoine toute sa plénitude de principe. Ce qui suppose, tout logiquement que la règle de la dévolution englobe, par principe et de plein droit, conformément à la loi, l'ensemble des contrats de la société absorbée ou scindée, y compris ceux conclus en considération de la personne du contractant. Ceci nous permet de conclure en affirmant qu'« *il est indiscutable que la règle de la transmission universelle du patrimoine pour cause de fusion a une portée générale*<sup>430</sup> ».

**272.** Si les longues discussions au sein du Conseil ont finalement permis de supprimer l'article relatif aux contrats *intuitu personae*, cela ne peut être dû à un hasard. Cela ne pourrait procéder que d'une chose, notamment de la volonté des autorités

<sup>428</sup> V. art. 19 troisième Directive 78/855/CEE, du 9 octobre 1978.

<sup>429</sup> V. T. TILQUIN, Traité des fusions préc.

<sup>430</sup> V. A. VIANDIER, art. préc., p. 196, n° 12.

communautaires de doter tous les pays membres de l'Union d'un unique et efficace régime des fusions qui encouragerait les regroupements d'entreprises. En effet, après d'intenses débats au fond quant au sort particulier des contrats *intuitu personae*<sup>431</sup> par les experts chargés de rédiger le projet de la troisième Directive, il a finalement été décidé de l'exclusion des dispositions spécifiques à ces contrats<sup>432</sup>. On peut donc faire constater que les troisième et sixième directives européennes consacrent, de plein droit, la continuation de l'ensemble du patrimoine de la société absorbée ou fusionnée par la société bénéficiaire<sup>433</sup>. En se taisant sur le sort particulier des *contrats intuitu personae*, le législateur européen voulait tout simplement exprimer, en fait, deux choses. D'abord, faire en sorte que, par principe, tous les éléments composant le patrimoine de l'entreprise, quels qu'ils soient, fassent parties de la transmission universelle et de pouvoir ainsi être continués par la société bénéficiaire. Les contrats étant essentiels pour le développement de l'entreprise, il serait dès lors maladroit d'empêcher, de plein droit, certains d'entre eux d'être continués sous prétexte qu'ils auraient été conclus *intuitu personae*. Le législateur a préféré ainsi consacré l'intérêt de l'entreprise au détriment d'un certain principe classique du contrat. C'est pourquoi, pour lui, les fusions et scissions doivent entraîner de « *de jure* » la continuation de tous les contrats souscrits par la société absorbée ou scindée. Cependant, et c'est la deuxième chose, on peut penser que tout en consacrant le principe de la continuation de plein droit de l'ensemble du patrimoine social, dont notamment tous les contrats en cours, le législateur voulait également préserver la souveraineté de chaque Etat. C'est-à-dire qu'il reviendrait à chaque Etat membre, qui le souhaiterait, de prévoir des limitations expresses à la règle de la transmission universelle, sans pour autant vider celle-ci de son véritable sens.

## **II. Le législateur français et le sort des contrats *intuitu personae* dans le cadre des opérations de fusion et de scission**

**273.** Il conviendrait, après avoir exposé le mutisme du législateur à propos du sort particulier des contrats conclus *intuitu personae* (A), d'en donner les raisons (B). Il conviendrait, également, de ne pas oublier d'apprécier l'insistance de la jurisprudence

---

<sup>431</sup> Ces débats ont également concerné le sort des contrats dont l'exécution a été rendue onéreuse par l'opération de fusion. Il est évident que cette remarque est aussi valable pour les scissions de sociétés.

<sup>432</sup> V. RTD eur. 1974.513.

<sup>433</sup> V. art. 19, § 1, de la troisième directive et 17, § 1 de la sixième directive.



d'exclure de droit, de la transmission universelle de patrimoine, tout contrat du seul fait qu'il ait été conclu *intuitus personae* (C).

#### **A. Le silence du législateur français quant à l'exclusion de principe des contrats conclus *intuitus personae* de la règle de la transmission universelle de patrimoine**

**274. Mutisme du législateur-** Le législateur français, lui non plus, n'a pas voulu ou jugé utile de réserver aux contrats *intuitus personae* un traitement particulier dans le cadre des fusions et des scissions. Il est de jurisprudence constante que dans le cadre de la transposition des directives européennes, les législateurs nationaux disposent d'une certaine marge de manœuvre. Même s'ils ne peuvent pas, par principe, adoucir ces directives, ils peuvent, en revanche, aggraver certaines de leurs dispositions ou les étendre à d'autres matières. Et, le comportement du législateur français est assez révélateur de cette situation, dans le cas particulier des fusions et scissions. Nous pouvons faire remarquer que les troisième et sixième directives européennes ont été prises pour régir les fusions et scissions des sociétés anonymes<sup>434</sup>. Pourtant, le législateur s'est autorisé à les étendre à toutes les formes de sociétés. Ce faisant, la portée de la loi du 5 janvier 1988 se trouvait être plus large que celle des deux directives. On ne voit pas ce qui aurait empêché, depuis plus de quinze ans, législateur s'il avait réellement voulu exclure les contrats *intuitus personae* du principe de la continuation, d'y mettre fin à cette controverse en prenant en ce sens une disposition adéquate. Les exemples ne manquent pourtant pas en matière d'initiative gouvernementale. Rappelons-nous, entre autres, de la désignation obligatoire d'un commissaire à la transformation qui a été précisé grâce à un amendement adopté par les députés lors de la discussion du projet de loi de sécurité financière<sup>435</sup>.

En outre, il aurait même pu exclure explicitement les contrats conclus *intuitus personae* de la transmission principielle lors du vote de la loi du 5 janvier 1988, car n'oublions pas qu'il avait disposé du temps nécessaire pour le faire. Il avait mis en effet environ six et dix ans, respectivement à partir de la sixième et troisième directives, pour

---

<sup>434</sup> V. intitulé des troisième et sixième Directives précitées.  
<sup>435</sup>

En effet, l'article 98 de la loi n° 2003-706, du 1<sup>er</sup> août 2003 a imposé désormais la nomination obligation d'un commissaire à la transformation lorsqu'une société se transforme en une autre forme. Ainsi selon l'article L. 224-3, du Code de commerce, « lorsqu'une société de quelque forme que ce soit qui n'a pas de commissaire aux comptes se transforme en société par actions, un ou plusieurs commissaires à la transformation, chargés d'apprécier sous leur responsabilité la valeur des biens composant l'actif social et les avantages particuliers, sont désignés, sauf accord unanime des associés par décision de justice à la demande des dirigeants sociaux ou de l'un d'eux ».

transposer ces dernières dans l'espace juridique national<sup>436</sup>. Si le législateur français n'a pas daigné exclure de principe les contrats *intuitu personae* de la règle de continuation, alors même qu'il savait que cette question a été soulevée dans le texte préparatoire de la troisième directive mais abandonnée dans celui définitif, on peut tout logiquement penser qu'il voulait consacrer la plénitude de la règle de la transmission universelle de patrimoine.

**275. Le choix offert par les directives aux législations nationales-** Rappelons à ce propos que le législateur européen a reconnu cette possibilité d'exclure les contrats *intuitu personae* ainsi que d'autres biens et droits aux Etats membres. Cette volonté se trouve exprimée dans le paragraphe 3 de l'article 19 de la troisième Directive. Le législateur communautaire affirme expressément dans ce paragraphe qu'« *il n'est pas porté atteinte aux législations des Etats membres qui requièrent des formalités particulières pour l'opposabilité aux tiers du transfert de certains biens, droits et obligations apportés par la société absorbée* »<sup>437</sup>. Mieux, c'est que ces mêmes directives réservent, en outre, la possibilité pour les Etats membres de permettre aux sociétés absorbées ou scindées d'accomplir les formalités de transmission et ce pendant une période limitée ne pouvant être fixée, sauf hypothèse exceptionnelle, à plus de six mois après la date à laquelle la fusion ou scission prend effet<sup>438</sup>. Et, à notre connaissance aucune législation nationale<sup>439</sup>, exception de celle de l'Allemagne<sup>440</sup>, ne comporte de règles réglant de manière spécifique le sort des contrats *intuitu personae* dans le cadre des fusions et scissions. Aussi, ce mutisme du législateur français quant au sort particulier des contrats *intuitu personae* peut-il paraître surprenant ? Mais, en réalité ce silence n'est pas aussi surprenant qu'il pourrait l'être.

---

<sup>436</sup> La troisième directive relative aux fusions date du 9 octobre 1978 et la sixième relative aux scissions est datée du 17 décembre 1982.

<sup>437</sup> V. art. 19, § 3, de la troisième directive et 17, § 3, de la sixième directive.

<sup>438</sup> V. art. 19, § 3, de la troisième directive et 17, § 3, de la sixième directive.

<sup>439</sup> V. RTD eur. 1974, p. 513. À titre comparatif, on peut citer l'exemple du législateur belge qui, lui, a rendu la lecture de sa législation plus simple en déclarant explicitement le caractère général de la règle de la transmission universelle.

<sup>440</sup> V. AKTG. § 346-3 cité dans RTD eur. 1974.513.

## **B. Explication du mutisme du législateur français quant à l'exclusion expresse des contrats *intuitu personae* de la transmission universelle**

**276. Volonté de donner au principe de la transmission sa pleine efficacité-** Ce silence du législateur français sur le sort particulier des contrats *intuitu personae* peut recevoir une interprétation toute simple. En ne prévoyant pas de dispositions spécifiques excluant de principe les contrats conclus *intuitu personae* de la transmission, lors de la transposition des directives européennes<sup>441</sup>, on pourrait y voir une volonté de consacrer le caractère général de la continuation de plein droit résultant des fusions et scissions. De même, selon nous, qu'il est également possible d'y voir une certaine volonté de préserver la liberté contractuelle des parties. En d'autres termes qu'il reviendrait à celles-ci, dans l'hypothèse où elles ne souhaiteraient pas voir leurs contrats se poursuivre à l'occasion d'une fusion ou scission, de le stipuler expressément. Pour mieux comprendre cet état d'esprit du législateur, il serait peut être intéressant de se référer à la loi ayant réformé le droit des fusions et scissions.

**277. La continuation de droit des contrats *intuitu personae* commandée par l'impératif de transmission et de développement de l'entreprise-** La loi du 5 janvier 1988 qui a réformé le régime juridique des fusions et scissions rentre dans cette nouvelle politique de prise en compte de l'intérêt de l'entreprise<sup>442</sup>. Pour le législateur, désormais, tout doit être fait pour assurer la pérennité de celle-ci. L'intitulé de cette loi est d'ailleurs assez révélateur puisqu'elle est appelée loi relative « à la transmission et développement de l'entreprise ». Or, on ne peut faciliter la transmission ou le développement de l'entreprise sans en assurer la pérennité de l'ensemble de ses éléments dont les contrats, sans lesquels elle ne saurait survivre. D'où, par voie de conséquence, la consécration de la transmission de plein droit de tout le patrimoine de l'entreprise absorbée à l'entreprise absorbante. Cette transmission universelle de principe est perçue comme un moyen de garantir, à la fois, la transmission et le développement de l'entreprise. Si le législateur avait réellement voulu exclure les contrats *intuitu personae* de cette transmission universelle de principe, rien ne l'aurait empêché. Il aurait pu aisément le faire comme cela a été, en effet, le cas en

---

<sup>441</sup> Il s'agit, en l'occurrence, des troisièmes et sixièmes directives précitées.

<sup>442</sup> Cette politique de prise en compte de l'intérêt de l'entreprise continue encore aujourd'hui. On pourrait, pour preuve, citer entre autres l'ordonnance du 25 mars 2004 relative à la simplification des formalités ou la loi du 1<sup>er</sup> août 2003.

procédure collective en 1955<sup>443</sup>. Ceci est d'autant plus vrai que, comme nous l'avons déjà dit, les travaux préparatoires de la troisième directive contenait une disposition relative à l'exclusion des contrats *intuitu personae* en cas de réalisation d'une opération de fusion. Mais cette disposition fut supprimée dans le texte final adopté, texte qui a été par la suite transposé en droit français. Le législateur français aurait pu profiter de cette transposition pour inclure une disposition qui exclurait de droit les contrats *intuitus personae* en cas de transmission universelle de patrimoine. Tel ne fut cependant pas le cas.

**278. Logique de la restructuration-** En effet, l'objectif de préservation de l'entreprise, c'est-à-dire d'assurer son développement et sa transmission, a imposé une vision plus dynamique du régime juridique des fusions et des scissions, orienté vers un futur qui commande que tous les moyens juridiques soient mis en œuvre pour y réussir. Il se trouve que l'environnement contractuel de l'entreprise qui conditionne l'activité sociale se révèle un outil essentiel à la continuité sociale, bref au développement et à la transmission de l'entreprise. Aussi, est-ce pourquoi le législateur a eu recours au principe de la transmission universelle de patrimoine, seule technique de transmission globale et simplifiée capable de satisfaire un tel objectif. On comprend dès lors pourquoi le législateur n'a pas, de principe, écarter certains contrats de la transmission universelle de patrimoine. Tel est le cas aussi du législateur belge. En effet, celui-ci, non plus, n'a certainement pas jugé nécessaire d'user de la faculté offerte par les § 3 des articles 19 et 17 des troisième et sixième directive<sup>444</sup>. Car, il n'a évidemment pris, en dépit de la faculté offerte par lesdites directives, aucune disposition qui soumette certains éléments de la transmission universelle, dont les contrats, à des formalités particulières.

### **C. De l'appréciation de la persistance de la jurisprudence relative à l'exclusion de principe des contrats *intuitu personae* de la transmission universelle**

**279. Exclusion de principe de toute distinction en transmission universelle-** Il est classiquement admis en droit, qu'il n'y a pas à distinguer là où la loi ne distingue pas.

---

<sup>443</sup> V. Le décret du 20 mai 1955 qui a réformé la procédure de faillite en supprimant le concordat : V. M.-H. MONSIERE, op. cit., p. 11.

<sup>444</sup> V. TILQUIN, Traité des fusions et scissions, Kluwer Editions juridiques, Belgique, n° 4, p. 280.

N'est-ce pas dit-on *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*<sup>445</sup> Cette célèbre maxime, connue de tous les juristes, condamne toute interprétation restrictive d'une loi. Celle-ci ayant disposé sans restrictions et ni conditions, l'interprète ne peut, par principe, réduire sa substance en introduisant des exigences qui ne s'y trouvent pas. L'interprète ne peut, non plus, éluder l'application du texte de loi sous prétexte que l'hypothèse en cause est exceptionnelle. On peut bien comprendre l'intention, louable, de la jurisprudence et d'une large partie de la doctrine<sup>446</sup> de chercher à protéger les personnes tierces à l'opération de fusion ou de scission.

**280. Dénaturation de la lettre et de l'esprit de la loi-** Toutefois, invoquer l'*intuitus personae* pour refuser la continuation d'un contrat par la société bénéficiaire, c'est ajouter, d'une manière certaine, une protection nouvelle pour ces tierces personnes. Car, il est loisible de constater qu'aussi bien les Directives européennes que la loi du 5 janvier 1988 n'ont prévu une telle solution. A tout le moins, a-t-il été prévu, en faveur des créanciers des sociétés parties à l'opération de fusion et de scission et dont la créance est antérieure à la publicité du traité de fusion et de scission, qu'ils pourraient former opposition à l'opération en cours de réalisation<sup>447</sup>. La loi prévoit, également, une autre protection en faveur de certains autres créanciers. Il s'agit des créanciers obligataires qui doivent obligatoirement être consultés sur la faisabilité de l'opération de fusion ou de scission au travers de leur assemblée spéciale. Exception faite de cette série de mesures de protection, rien d'autre n'a été prévu. Par contre, il a été expressément affirmé par le législateur que les fusions et scissions entraînent, de plein droit, continuation de l'« *ensemble du patrimoine* » de la société dissoute par la société nouvelle ou absorbante et ce « *dans l'état où se trouve ce patrimoine à la date de la réalisation définitive de l'opération* ». Par conséquent, la logique juridique requiert que la continuation de tous les contrats de la société absorbée ou scindée, même ceux conclus *intuitu personae*, s'impose par principe nonobstant cet *intuitus personae*. D'autant plus que la loi n'opère aucune discrimination entre les éléments composant la transmission universelle. Les articles L. 236-3 et suivants n'ayant pas expressément exclu les contrats *intuitu personae* de la

---

<sup>445</sup> V. Henri ROLAND et Laurent BOYER, op. cit., p. 920.

<sup>446</sup> V. notamment X. JASPAR et N. METAIS, *Les limites à la transmission universelle de patrimoine : les contrats intuitu personae et les contraintes afférentes à certains biens* : Bull. Joly, 1998, p. 447 ; C. PRIETO, *La société contractante*, PUAM, 1994, n° 700.

<sup>447</sup> Cette opposition une fois faite devant le juge va donner lieu à une décision. Celui-ci pourra soit rejeter l'opposition, soit ordonner le remboursement immédiat des créances, soit encore ordonner la constitution de garanties en faveur de ces créanciers opposants.

transmission universelle, on doit considérer qu'ils font de droit parties de la règle de continuation applicable aux contrats en cours conclus par la société dissoute sans liquidation. Soutenir le contraire, c'est supposer que la dissolution de la société absorbée ou scindée s'identifie à la fin de sa vie sociale.

## **§.2. De la continuité de la société absorbée ou scindée au travers de la société bénéficiaire**

**281. Absence de liquidation de la société dissoute-** Il est expressément dit aux termes de l'article L. 236-3, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce que « *la fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires* » et ce dans l'état où se trouve leur patrimoine au jour de la réalisation définitive desdites opérations. Autrement dit, lorsque deux ou plusieurs sociétés fusionnent ou se scindent, cela entraîne, certes, leur dissolution mais, pas, leur **liquidation**. C'est-à-dire que la conséquence explicitement affirmée par le législateur de ces opérations, ce n'est pas d'entraîner la réalisation et la répartition des actifs des sociétés en cause, malgré qu'elles sont dissoutes. Mais, au contraire, d'entraîner la transmission globale de leur patrimoine au profit d'autres sociétés qui peuvent être soit des sociétés nouvelles, soit des sociétés qui existent déjà, chargées désormais de continuer l'activité de la société dissoute. A ce titre, on pourrait y voir une certaine continuité de la société absorbée ou scindée au travers de la société bénéficiaire. Ce qui explique et justifie d'ailleurs que celle-ci, du fait de la transmission universelle de patrimoine, reprend souvent tant le personnel que le fonds de commerce de la société dissoute sans liquidation.

**282. Survie de la société dissoute-** Précisons, par ailleurs, que l'expression « *sociétés qui disparaissent* » implique, dans l'esprit général du texte de l'article L. 236-3, que la société absorbée ou scindée survit dans une certaine mesure au travers d'une autre structure, du fait en l'occurrence de la transmission universelle de son patrimoine à la société bénéficiaire, c'est-à-dire la société absorbante. Par conséquent, la fusion ou scission ne peut qu'emporter, et ce de plein droit, le transfert de tous les contrats, sans qu'aucune formalité de l'article 1690 du Code civil ne se révèle nécessaire, des entreprises qui disparaissent au profit des entreprises bénéficiaires. Ces opérations entraînent donc

nécessairement, et ce, par principe la continuation de tous les contrats de la société absorbée, qu'ils soient ou non conclus *intuitu personae*. Ceci est d'autant plus vrai que le principe jurisprudentiel va se révéler particulièrement aberrant dans certains types d'opération.

**283.** C'est notamment le cas lorsque l'opération de fusion ou de scission s'opère au sein d'un groupe (I), sans oublier l'hypothèse, probable, où la société absorbée serait plus économiquement plus importante que la société absorbante (II).

### **I. L'*intuitus personae* et les fusions et scissions s'opérant au sein d'un groupe**

**284. Les fusions internes-** Si aujourd'hui beaucoup d'opérations de fusion ou de scission<sup>448</sup> s'opèrent souvent entre des sociétés d'un même secteur ou exerçant la même activité, il n'en demeure pas moins que ces opérations sont susceptibles de se produire au sein d'un même groupe<sup>449</sup>. Il est en effet tout à fait plausible qu'une fusion ou scission s'opère entre des entreprises appartenant à un même groupe, contrôlées par les mêmes actionnaires et dirigées par les mêmes personnes. Pour illustrer nos propos nous prendrons les exemples de fusion-rapide et de fusion entre deux sociétés « sœurs ».

**285. Fusion-rapide<sup>450</sup> et fusion entre sociétés sœurs<sup>451</sup>**- Lorsque de telles fusions se produisent, peut-il sembler logique de soutenir que la société absorbante sœur ou holding ne pourrait continuer certains contrats de la société absorbée, parce que ceux-ci seraient conclus *intuitu personae* ? La réponse ne saurait, selon nous, qu'être négative, et ce, pour au moins deux raisons. D'abord, et nous l'avons suffisamment dit, qu'il est contraire au principe légal de transmission universelle d'exclure par principe des éléments du patrimoine de la société absorbée, alors même qu'aucune disposition spécifique légale ou conventionnelle n'en dispose autrement. En outre, il convient de noter qu'il est, en l'espèce, aberrant, au regard du lien existant déjà entre les deux sociétés, de conclure à l'exigence d'un accord du cocontractant pour rendre efficace cette transmission

<sup>448</sup> On peut citer les cas des sociétés Elf et Total Fina, du Crédit Lyonnais et du Crédit Agricole.

<sup>449</sup> V. GIBIRILA D., *Droit des sociétés*, 2<sup>e</sup> éd., ellipses, 2003, p. 98.

<sup>450</sup> La fusion-rapide ou fusion post-acquisition est une opération de concentration qui intervient entre une société acquéreur et la société cible. Elle constitue une sorte de débouché naturel d'une opération de leverage Buy out, plus communément appelée LBO.

<sup>451</sup> Deux sociétés sont dites sœurs lorsqu'elles sont possédées toutes deux à 100 % par une même société mère.

« universelle » des contrats. La relation d'« *intimité* » existant en amont de l'opération de fusion entre les deux sociétés renforce la non exigence de principe de l'accord du cocontractant dans le cadre de la transmission universelle de patrimoine. Ce lien entre elles est si étroit que la loi exclut, par principe, par exemple la nomination d'un commissaire à la fusion ou aux apports dans le cadre de telles fusions<sup>452</sup>.

**286.** Prenons l'hypothèse d'une société mère qui décide de fusionner avec ses deux filiales, créées auparavant, et d'une autre société décidant, elle, de se scinder en filialisant certains de ses départements. De même qu'on pourrait prendre l'hypothèse, encore plus caractéristique, d'une société holding<sup>453</sup> dont l'actif est uniquement composé de deux ou plusieurs filiales détenues à cent pour cent, et qui a décidé de les absorber. Dans toutes ces situations, ci-dessus exposées, il serait difficile de faire admettre que les cocontractants des sociétés absorbées pourraient automatiquement rompre les contrats qui les liaient à celles-ci, au motif que ceux-ci auraient été conclus *intuitus personae*. Juridiquement, on ne voit pas en quoi cela modifierait leurs relations contractuelles.

**287.** Aux termes d'une telle analyse, on comprend l'intelligence et la prudence du législateur de n'avoir pas posé une exclusion de principe des contrats *intuitu personae* à l'issue d'une fusion ou scission. C'est pour cela, d'ailleurs, qu'une certaine doctrine<sup>454</sup> recommande de traiter le sort des contrats *intuitu personae* dans le cadre des fusions et scissions *in concreto*, c'est-à-dire au cas par cas. Selon son analyse, il conviendrait de distinguer les fusions faisant intervenir des sociétés initialement sans point commun, des fusions s'opérant à l'intérieur d'un groupe. Dans le premier cas, semble-t-il, l'*intuitus personae* pourrait jouer alors que, dans le second cas, il ne pourrait jouer aucun rôle, sous réserve toutefois, ajoute-t-on, d'un examen de la situation de fait en cause. La Cour d'appel d'Aix-en-provence n'est cependant pas de cet avis. Puisque dans l'affaire qu'elle a jugée, le 12 juin 1997<sup>455</sup>, elle a refusé la continuation du contrat de syndic, contrat *intuitus*

---

<sup>452</sup> V. CA Paris, 3<sup>e</sup> ch., sect. C., 21 septembre 2001 : Bull. Joly, janvier 2002, n° 1, p. 55, obs. J.-P. BOUERE.

<sup>453</sup> Le terme anglais de « *holding* », aujourd'hui francisé, désigne une société dont l'objet consiste à gérer les participations qu'elle détient dans d'autres sociétés, dans l'optique d'y exercer un contrôle prépondérant. C'est donc une société dénuée, en principe, de toute activité de production, de commercialisation ou de prestation de services. Son principale rôle consiste, tout simplement, à centraliser la propriété de participations dans d'autres sociétés et à en assurer la gestion financière. Dans certaines hypothèses, on parle de « *holding pure* ». Celle-ci est évoquée lorsque la société holding a uniquement pour objet de gérer des participations détenues dans d'autres sociétés, c'est-à-dire qu'elle n'exerce pas une autre activité.

<sup>454</sup> V. B. PICHARD note sous Aix-en-Provence, 12 juin 1997, les P.A. du 18 février 1998, n° 21, p. 23, spéc. p. 25.

<sup>455</sup> V. C.A. D'Aix-en-provence, 12 juin 1997 : JCP éd. E. 1997.I. 710, n° 10, Obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.



*personae*, par la société absorbante, alors même que la société absorbée était détenue à cent pour cent par cette même société absorbante.

## **II. L'*intuitus personae* et l'hypothèse où la société absorbée serait plus importante que la société absorbante**

**288.** Si dans nos développements précédents, il est perceptible que c'est souvent la société la plus importante qui absorbe les moins performantes, il peut toutefois arriver que ce soit le contraire qui se réalise. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, en effet, il se peut qu'aux termes de l'opération de fusion que ce soit la société absorbée qui en sorte « vainqueur ». Ceci pose dans une certaine mesure la question du choix du sens de la fusion, c'est-à-dire plus précisément la question : qui absorbe qui ?

**289.** Cette interrogation peut, de prime abord, paraître étrange, parce que, de façon générale, le sens des fusions<sup>456</sup> répond à une certaine logique économique et/ou financière. Ceci doit cependant être nuancé car, dans la plupart des cas cette interrogation n'est pas neutre. Il convient de préciser d'ailleurs à ce propos que ni le Code de commerce et ni le Code civil n'ont établi de règle en la matière. La liberté y demeure donc le principe<sup>457</sup>. Aussi, peut-il arriver qu'une société fille absorbe une société mère, comme cela été le cas de la fusion entre UTA et Air-France. Il peut également arriver qu'une société de moindre taille absorbe une société de taille plus importante. Autrement dit, il est probable qu'en dépit de son absorption, la société absorbée ait plus de valeur que l'entreprise absorbante.

**290. Intérêt de la société absorbée-** Prenons l'hypothèse toute simple d'une opération de fusion-absorption dans laquelle la société absorbée serait plus importante que la société absorbante, tant en termes de renommée, de la qualité du personnel qu'en termes de perspectives d'avenir ou encore de chiffre d'affaires. Imaginons qu'à l'issue de cette opération, les actionnaires de la société absorbée deviennent, ce qui est très plausible tant en droit qu'en fait, actionnaires majoritaires dans le capital de la société absorbante. Puis,

---

<sup>456</sup> Mais également les scissions.

<sup>457</sup> Il n'existe pas non plus de règle fixant le choix du sens de la fusion au plan fiscal. Exception faite de l'hypothèse où l'opération est envisagée sur la base de considérations fiscales, notamment pour imputation de déficits. Cependant, dans ce cas, le fisc restera vigilant car, il a la possibilité d'invoquer à l'égard des acteurs de l'opération un abus de droit.

ses dirigeants deviennent également dirigeants de la société absorbante. Dans un tel scénario, on ne peut que se demander comment les cocontractants de la société absorbée pourraient-ils demander la remise en cause des contrats qu'ils auraient conclus avec celle-ci sous prétexte que l'*intuitus personae* qui les imprégnait était remis en cause. Puisque aussi bien les actionnaires que les dirigeants de la société contractante, malgré la dissolution de celle-ci, se retrouvent majoritaires et aux commandes dans la nouvelle entité. Ici, ce serait, au contraire, les cocontractants de la société absorbante qui, à la limite, peuvent souhaiter la non continuation des contrats qu'ils auraient conclus *intuitu personae*. On peut donc, encore une fois, constater qu'il serait hasardeux et contraire au droit de faire de l'exclusion des contrats *intuitu personae*, une règle qui s'appliquerait de plein droit et sans discernement en cas de fusion ou de scission.

**291.** Aussi, on ne peut que constater l'aberration de faire ici, également, de l'*intuitus personae*, un facteur qui remettrait, de principe, en cause les contrats en cours de la société absorbée. Car ce serait trop formel. En outre, la continuation du contrat même conclu *intuitus personae* apparaît *a priori* favorable au cocontractant de la société dissoute sans liquidation. Car elle en assure la pérennité, son exécution se poursuivant, par principe, aux conditions en vigueur au jour de la réalisation définitive de l'opération<sup>458</sup>. Il est certes vrai que le contrat se poursuit non pas avec la société contractante, la société absorbée, mais avec la société absorbante. Cependant, puisque le contrat se poursuit à l'identique et sans aucune novation des obligations des parties<sup>459</sup>, le cocontractant ne semble tout de même pas menacé par la transmission universelle. De plus, est-il vraiment acceptable que le cocontractant refuse la continuation du contrat, sous prétexte que celui-ci est conclu *intuitus personae*, lorsque, par exemple, la société bénéficiaire se trouve être une société nouvelle, créée aux termes d'une scission ? La réponse naturelle est bien évidemment non, surtout si l'analyste n'omet pas de relever que la transmission légale, que consacre le droit des sociétés, est dérogoratoire de celle du droit commun.

---

<sup>458</sup> Voir en ce sens C. com., article L. 236-3, alinéa 1<sup>er</sup> et L. 236-14, alinéa 1<sup>er</sup>.

<sup>459</sup> C'est cela d'ailleurs que dispose l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 236-14, préc.

### §.3. Le caractère dérogatoire du droit des fusions et des scissions

**292. Fondement de l'*intuitus personae***- A examiner de plus près l'ensemble des décisions de jurisprudence, ainsi d'ailleurs que la plupart des opinions des auteurs qui rentrent dans le cadre de la solution classique, on peut relever qu'elles tirent, toutes, leur fondement de l'article 1122 du Code civil. La référence explicite ou implicite à ce texte de droit commun pour traiter du sort des contrats *intuitu personae* dans une discipline spécifique qu'est le droit des fusions et scissions, fait que l'on ne peut que douter de la cohérence de la solution classique. C'est pourquoi, nous estimons à juste titre que l'analyse de la lettre et de l'esprit de cette disposition est plus que nécessaire dans la perspective de comprendre si l'on pourrait valablement invoquer son application dans une matière spécifique qu'est le droit des fusions et des scissions. De la réponse qui découlera de cette analyse, on comprendra ou non que les contrats conclus *intuitu personae* par la société absorbée ou scindée soient susceptibles d'être, par principe, continués par la société bénéficiaire.

Aux termes de l'article 1122, le Code civil dispose que « *l'on est censé avoir contracté pour soi ainsi que pour les héritiers et ayants droit à moins que le contraire ne soit dit ou ne résulte de la nature du contrat* ». De la lettre de ce texte, on peut retenir plusieurs choses.

**293. Contrat et ayant cause**- La première chose qu'il est permis de retenir, c'est que lorsqu'une personne rentre dans un rapport contractuel, ce qui est le cas de la société absorbée ou scindée, il devient évident qu'elle le fait en premier lieu pour elle-même, notamment dans le but par exemple de satisfaire les besoins d'un secteur déterminé. Cependant, elle conclut, aussi, ce contrat pour ses « héritiers » ou autres ayants droit. Car, ce contrat, conclu pour une certaine durée, peut lui survivre. Et la force obligatoire du contrat requiert que celui-ci continue et que son efficacité ne dépende pas seulement d'événements qui viendraient perturber la vie de son signataire originaire, et ce, dans l'intérêt compris des deux parties ainsi que dans celui de préserver une certaine sécurité juridique des transactions. Imaginons l'insécurité juridique qui se serait créée si tous les contrats conclus tombaient d'eux-mêmes du seul fait que l'un de ses signataires aurait disparu. Sur ce point, on ne peut que louer le principe de la transmission universelle de patrimoine.

**294. Limites à la survie du contrat-** Cependant, et c'est la deuxième chose que l'on peut retenir de ce texte, le législateur ne voulait que le contractant « accable » ses héritiers ou ayants cause par le contrat qu'il aura à conclure. Aussi, lui a-t-il laissé la liberté, dans l'hypothèse où il le souhaiterait, de stipuler dans le contrat que celui-ci ne lui survivrait pas, à sa mort. Dans la même perspective, c'est-à-dire de ne pas préjudicier aux intérêts de l'héritier ou de l'ayant cause mais également du cocontractant, le législateur considère que certains contrats, pour lesquels la considération de la personne a été un élément essentiel et fondamental de l'accord de volontés des parties contractantes, ne peuvent être continués par l'héritier sans l'accord exprès du cocontractant. Ces contrats, empreints de la personne ou de certaines qualités essentielles des contractants, doivent donc nécessairement cesser le jour de la disparition de l'un de ses signataires, à défaut de cet accord du cocontractant.

**295. Exclusion de principe des contrats *intuitu personae* ?-** Le troisième constat que l'on peut tirer de l'article 1122, vient, cette fois-ci, non de sa lettre mais, de son esprit même. En réalité, c'est un qui, à l'origine, était particulièrement destiné pour les contractants personnes physiques. Il s'agissait plus précisément de leur permettre, au travers de stipulations expresses, de protéger leurs héritiers des contrats qu'ils seront amenés à conclure. Il s'agissait également, pour le législateur, de prémunir ces mêmes ayants cause de certains contrats signés par leurs auteurs eu égard à leur nature *intuitus personae*<sup>460</sup>. Il ne faut pas perdre de vue que le souci du législateur, c'est de veiller à ce qu'une personne ne porte préjudice à une autre personne, en l'occurrence à son héritier, par un contrat qu'il aurait conclu puisqu'il est par principe « *censé avoir contracté pour lui et pour ses héritiers et ayants cause* ». Est-il possible pour autant de justifier que, dans le cadre d'une fusion ou scission, les contrats pour lesquels la considération de la personne des contractants a été un élément fondamental, sont automatiquement exclus de la règle de continuation, à moins d'être expressément acceptés par le cocontractant.

**296. Maintien automatique des contrats *intuitu personae*-** La réponse à cette question ne peut être, pour nous, que négative. Et cela pour au moins deux raisons. La première, et nous l'avons suffisamment développée, c'est que la règle de continuation des contrats qui résulte du principe de la transmission universelle de patrimoine implique la poursuite de plein droit de tous les contrats conclus, en cours au jour de la réalisation

---

<sup>460</sup> On retrouve l'expression de cette volonté du législateur dans la deuxième proposition de l'article 1122 du Code civil.

définitive de l'opération, par la société absorbée ou scindée. Le législateur ne fait pas de « *discrimination* » entre les différents éléments composant le patrimoine social, dont les contrats. En effet, en tant que techniques d'organisation d'un intérêt hautement pratique<sup>461</sup>, les fusions et scissions se singularisent, de manière subséquente en ce qu'elles impliquent la dissolution sans liquidation des sociétés en cause. Elles se singularisent également et, surtout, en ce sens qu'elles impliquent la transmission d'une manière « *globale*<sup>462</sup> et *simplifiée* » du patrimoine de la société absorbée ou scindée à la société nouvelle ou absorbante. En d'autres termes, la société bénéficiaire, en tant que continuatrice de la personne de la société absorbée, va donc continuer l'ensemble du patrimoine recueilli sans en référer au respect des dispositions particulières relatives à la transmission isolée de chacun des éléments composant le patrimoine social. Aussi, la société bénéficiaire va-t-elle, en conséquence, continuer également tous les contrats en cours au jour de la fusion ou scission sans, par principe, respecter les règles relatives à la cession isolée des contrats *intuitu personae*, la transmission, résultant de ces opérations, étant « *universelle* » et « *simplifiée* ». C'est au nom de cette transmission simplifiée qu'il est, par exemple reconnu par tous, qu'en cas de fusion ou scission, il n'y a pas lieu au respect de l'article 1690 du Code civil, s'agissant de la transmissions des créances. C'est au nom de cette transmission globale et simplifiée qu'il n'est pas nécessaire, non plus, de respecter les formalités de publicité que requiert la transmission isolée d'un fonds de commerce.

**297. Le droit des sociétés, un droit dérogatoire au droit commun-** La deuxième raison, corrélative de la première, qui justifie la continuation de plein droit de tous les contrats en cours de la société absorbée, y compris ceux conclus *intuitu personae*, est relative au caractère « spécial » de la discipline. Le débat soulevé autour de la question de la continuation automatique ou non des contrats *intuitu personae*, dans le cadre des fusions et scissions, met en lutte deux droits. D'un côté un droit général, c'est-à-dire le droit commun des contrats et, de l'autre un droit spécial, en l'occurrence le droit des fusions et scission ou, plus exactement, le droit des sociétés. Le droit général reconnaît, au travers de l'article 1122 du Code civil, le principe de continuation du contrat, puisqu'en contractant l'on est censé le faire pour soi même mais également pour ses ayants cause. Mais, il apporte, en même temps, des limitations à cette règle de continuation du contrat. D'une

<sup>461</sup> V. GIBIRILA Deen, *Droit des sociétés*, éd. Ellipses, 2003, p. 97.

<sup>462</sup> Transmission globale car il s'agit de la transmission d'une « *universalité* », c'est-à-dire de l'ensemble du patrimoine de la société dissoute sans liquidation à la société bénéficiaire.

part en reconnaissant aux parties la possibilité de « dire le contraire<sup>463</sup> », c'est-à-dire d'insérer dans le contrat des clauses empêchant celui-ci de survivre aux parties ; d'autre part, le législateur dispose aussi que certains contrats, compte tenu de leur nature, *intuitus personae* s'entend, ne peuvent pas non plus, par principe, être continués après la disparition de l'une des parties.

**298.** Face au droit commun, on a un droit spécial, le droit des sociétés, qui lui, dispose qu'en cas de fusion et scission il y a transmission universelle du patrimoine de la société dissoute à la société bénéficiaire. En cette matière, cette transmission prend un relief tout spécial. Étant « universelle », la société bénéficiaire est censé continuer l'ensemble patrimonial recueilli, dont les contrats quels qu'ils soient en font parties. De cette confrontation des solutions données par les deux droits, laquelle doit-elle ici s'appliquer ? Est-ce celle du droit commun qui, tout en reconnaissant le principe de continuation des contrats, admet qu'il soit limité soit au moyen d'une clause, soit du fait de la nature « *personnelle* » du contrat en cause ? Ou est-ce celle du droit des sociétés pour qui, les fusions et scissions impliquent de plein droit transfert universel des contrats et, par conséquent, leur continuation par la société bénéficiaire ? Il faut rappeler que les règles de droit commun, à moins d'être d'ordre public, ne s'appliquent par principe à une situation qu'en l'absence de règles spécialement prévues pour être appliquées à cette même situation. Il est de jurisprudence constante que lorsque le droit commun est en bute avec un droit spécial, c'est celui-ci qui l'emporte, c'est-à-dire qui doit, en dernier lieu, s'appliquer. La maxime « *generalia specialibus non derogant*<sup>464</sup> » est là pour nous le rappeler. Conformément à cette maxime une loi générale, notamment l'article 1122 du Code civil, ne peut pas déroger à une loi spéciale, en l'occurrence ici l'article L. 236-3 du Code commerce. Et ce, parce que « *la loi générale exprime le droit commun, c'est-à-dire un ensemble de dispositions qui découlent de principes généraux qui n'ont pas un caractère exceptionnel, qui déterminent la règle applicable à tous les cas du même genre*<sup>465</sup> ». Ce qui est vrai contrairement à la loi spéciale qui, elle, « *ad speciem, ou bien prolonge la loi générale dans ses applications particulières, ou bien crée une zone dérogatoire à la loi générale pour des espèces déterminées*<sup>466</sup> ».

---

<sup>463</sup> V. article 1122 C. civ.

<sup>464</sup> V. ROLAND H. et BOYER L., *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., 1999, p. 296.

<sup>465</sup> V. ROLAND H. et BOYER L., *op. cit.*, p. 297.

<sup>466</sup> V. ROLAND H. et BOYER L., *ibid.*

**299. Droit des fusions et scissions, un droit dérogatoire-** La transmission universelle de patrimoine, résultant des fusions et scissions, s'exprimant par un transfert automatique et simplifié de tout le patrimoine tel que celui-ci existe au jour de la fusion, on conçoit mal le respect de l'application de règles de transmission isolée à des contrats, parce que tout simplement conclus *intuitus personae*. La logique juridique voudrait qu'on reconnaisse que le droit spécial déroge au droit général, n'est-ce pas que « *specialia generalibus derogant* ?<sup>467</sup> ». Les dispositions du droit des sociétés étant spéciales par rapport à celles du droit commun, elles dérogent tout logiquement à celles-ci. Par conséquent, si en droit commun le caractère *intuitus personae* du contrat constitue, par principe, un obstacle à sa circulation, il ne saurait en être ainsi dans le domaine particulier de la transmission universelle du patrimoine qui postule, de manière explicite et automatique, la continuation de tout le patrimoine, dont les contrats quels qu'ils soient de la société dissoute, par la société bénéficiaire. Mieux, c'est qu'il convient de faire remarquer que la formulation même de l'article L. 236-3 du Code de commerce confirme la continuation automatique de l'ensemble des contrats de la société dissoute sans liquidation. Selon cet article, une fusion ou scission entraîne la transmission universelle du patrimoine des sociétés qui disparaissent au profit des sociétés bénéficiaires, **ce patrimoine étant transmis dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération**. Cette formulation est telle qu'une certaine doctrine a cru y voir une disposition d'ordre public<sup>468</sup>. Même si nous ne partageons pas cette analyse, il est évident, en revanche, que de la manière dont est formulé le principe de la transmission universelle, celle-ci ne peut qu'emporter la continuation de tous les éléments composant le patrimoine de la société absorbée ou scindée. En définitive, l'analyse objective ne peut autoriser de soutenir que la transmission universelle du patrimoine soit, par principe, « *impuissante*<sup>469</sup> » à emporter la continuation des contrats *intuitu personae*, dans le cadre spécifique des fusions et scissions. Affirmer, d'une manière péremptoire et sans réserves, que la seule considération personnelle du contrat empêche sa survie, en cas de fusion, heurte, par ailleurs, l'impératif légal de sauvegarde de l'entreprise en difficulté.

<sup>467</sup> Cette maxime signifie que ce qui est spécial déroge à ce qui est général : V. ROLAND H. et BOYER L., op. cit., p. 843.

<sup>468</sup> V. Michel JEANTIN, Mélanges Dérrupé, op. cit.

<sup>469</sup> C'est la Cour d'appel d'Aix-en-Provence qui, dans l'arrêt du 12 juin 1997 précité, affirmait sans aucune nuance le principe selon lequel la transmission universelle serait impuissante à permettre la continuation des contrats de la société absorbée, conclus *intuitu personae*.

#### §.4. L'impératif de sauvegarde de l'entreprise en difficulté et les contrats *intuitu personae* en droit des fusions et scissions

**300. Sauvegarde de l'entreprise-** La loi du 25 janvier 1985 disposait, dans son article 1<sup>er</sup>, qu'« *il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif. Le redressement judiciaire est assuré selon un plan arrêté par décision de justice à l'issue d'une période d'observation. Ce plan prévoit, soit la continuation de l'entreprise, soit sa cession* <sup>470</sup> ». Cette disposition implique que la survie de l'entreprise en difficulté passe nécessairement par la mise en place d'un plan de redressement<sup>471</sup>. Ce plan peut être soit un plan de continuation, soit un plan de cession<sup>472</sup>. Or, il apparut impératif, pour assurer cet objectif de sauvegarde, de prendre des dispositions susceptibles de donner à l'entreprise les moyens juridiques adéquats et nécessaires à la poursuite de son activité<sup>473</sup>.

**301. Continuation des contrats conclus par le débiteur-** C'est dans cet esprit que le législateur a notamment imposé<sup>474</sup> la continuation des contrats nécessaires à l'objectif de sauvegarde de l'activité de l'entreprise ainsi que de l'emploi. L'article L. 621-88, du Code de commerce, organise à cet effet un mécanisme général de continuation des contrats conclus par le débiteur. Conformément à ce texte, tous les contrats, mêmes ceux conclus *intuitus personae*, dès lors qu'ils sont utiles à la continuité de l'activité de l'entreprise doivent être transmis au repreneur. Se trouve ainsi consacrée une protection légale du contrat. Par conséquent, aussi bien le caractère personnel que les clauses de rupture deviennent *de facto* impuissants<sup>475</sup> à empêcher la continuation légale des contrats du débiteur, nécessaires à la poursuite de l'activité sociale. Ceci est d'autant plus vrai que les dispositions de la loi du 25 janvier 1985 se révèlent être d'ordre public. Aussi, prétendre qu'un contrat, parce que supposé conclu *intuitus personae*, est, de principe, exclu de la

<sup>470</sup> Cet article 1<sup>er</sup> est aujourd'hui devenu l'article L. 620-1, du Code de commerce.

<sup>471</sup> V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 4<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2001, p. 285, n° 462 ; M.-H. MONSERIE, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Litec, 1994, p. et s.

<sup>472</sup> Le choix entre ces deux plans est fait aux termes d'un bilan économique et social de l'entreprise, dressé par l'administrateur avec le concours du débiteur et l'assistance éventuelle d'experts. Et ce sera au regard de ce bilan que l'administrateur proposera soit le plan de redressement, soit la liquidation judiciaire de l'entreprise : V. C. com. art. L. 621-54.

<sup>473</sup> V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, ouvrage préc., p. 289 et s.

<sup>474</sup> Outre la continuation obligatoire des contrats conclus par le débiteur, il existe aussi d'autres mesures prises toujours dans le sens de la sauvegarde de l'activité sociale. On peut citer, par exemple, les interdictions de paiements des créances, la suspension des poursuites individuelles ou encore l'arrêt du cours des intérêts.

<sup>475</sup> V. M.-H. MONSERIE, op. Cit., p. 36 et 37.



transmission universelle. Par conséquent, doit être condamnée l'analyse qui veut de l'exclusion principielle de tels contrats.

### **§.5. La condamnation de la perception doctrinale et jurisprudentielle de l'influence de l'*intuitus personae* sur le principe de continuation des contrats**

**302.** La continuation étant automatique, l'exécution de tous les contrats de la société qui disparaît, quels qu'ils soient, fussent-ils conclus *intuitu personae*, doit être poursuivie par la société qui recueille le patrimoine social transmis. Contrairement à ce qu'affirment une certaine jurisprudence et une large partie de la doctrine, la continuation des contrats *intuitu personae*, dans le cadre des fusions et scissions, ne nécessite nullement, par principe, l'accord du cocontractant de la société dissoute sans liquidation. La règle de transmission de transmission universelle qui s'y opère de manière automatique récuse par principe un tel accord. Une telle solution a pour siège l'article L.236-3 du Code de commerce selon lequel « *la fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération.* » Par conséquent, le cocontractant de la société absorbée ou scindée sera tenue de poursuivre la relation contractuelle avec la société bénéficiaire. Il en est de même de celle-ci. Au même titre que le cocontractant, la société absorbante ou nouvelle est également tenu de continuer les contrats se trouvant dans le patrimoine de la société disparue recueilli. Elle ne peut en effet, par principe, après la réalisation définitive de l'opération refuser de poursuivre tel ou tel contrat au motif qu'il serait *intuitus personae*. Le respect de la force obligatoire du contrat les y oblige. La règle de continuation s'opérant de plein droit, la poursuite de l'exécution de tous les contrats en cours au jour de la réalisation de l'opération s'impose autant au cocontractant qu' à la société bénéficiaire. Il serait nécessaire d'ailleurs d'examiner les raisons invoquées tant les magistrats (I), dans leurs décisions, que par les auteurs (II), dans leurs commentaires, pour exclure de plein droit les contrats *intuitu personae* de la règle de continuation.

#### **I. L'analyse jurisprudentielle de la transmission des contrats *intuitu personae* à l'occasion d'une fusion et scission**

**303.** Avant de critiquer la perception jurisprudentielle sur l'*intuitus personae*, en cas de fusion et scission (**B**), il convient, d'abord, de l'exposer (**A**).

**A. L'influence de l' *intuitus personae* sur la transmission universelle des contrats selon la jurisprudence**

**304. Non continuation de droit des contrats *intuitus personae***- En application du principe de la transmission universelle du patrimoine consécutif à une opération de fusion et de scission, les contrats en cours de la société absorbée ou fusionnée, au jour de la réalisation définitive de l'opération sont, par principe, maintenus entre les cocontractants et la société nouvelle ou absorbante. Autrement dit, tous les contrats doivent, logiquement, être continués par la société bénéficiaire, indépendamment de leur nature *intuitus personae*. Ce qui est tout de même assez pertinent. Or, cette pertinence est contestée la jurisprudence. Pour celle-ci, si l'on ne peut nier la continuation des contrats figurant dans le patrimoine de la société dissoute sans liquidation, il ne saurait en être ainsi pour tous les contrats en cours. Ceux qui auraient été conclus en considération de la personne ou de certaines des qualités essentielles du cocontractant de la société absorbée ou scindée, ne sauraient, selon la jurisprudence, être repris et continués par la société bénéficiaire sans l'accord exprès de ce cocontractant. Pour les magistrats, la règle de continuation ne saurait, par principe, ignorer ou faire fi de l'*intuitus personae* affectant certains contrats.

**305. Arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence**- La première décision de jurisprudence ayant soulevé le débat sur la « non-continuation » des contrats *intuitus personae*, à l'occasion d'une fusion, était l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence le 12 juin 1997<sup>476</sup>. Cette juridiction a considéré que tels de contrats ne sauraient, du fait de l'*intuitus personae* qui les caractérise, être transférés de plein droit à la société absorbante. L'affaire jugée était simple. Une société exerçant les fonctions de syndic de copropriété avait été absorbée par une autre société de syndic. Tout naturellement et conformément au principe de la transmission universelle de patrimoine, la société

---

<sup>476</sup> Cf. C.A. Aix-en-Provence, 12 juin 1997 : J.C.P., éd. E, 1997, p. 710, Obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; Dr. des sociétés : n° 1745, note M. COZIAN et A. VIANDIER ; VIANDIER Alain : Mélanges Mouly, 1998, t. 1, p. 193.

absorbante a à juste titre estimé continuer le mandat de syndic figurant dans le patrimoine qui lui a été dévolu. Mais, les copropriétaires ayant donné le mandat à la société absorbée ont contesté cette conséquence logique résultant d'une opération de transmission universelle en portant l'affaire devant les juges.

Ainsi, la question essentielle posée aux juges consistait de savoir si la société absorbante pouvait reprendre et continuer le mandat de syndic, sans l'agrément préalable du syndicat des copropriétaires ? Ils ont répondu négativement, au motif que ce contrat serait conclu *intuitus personae*. Une telle analyse est-elle conforme au principe général de la continuation de plein droit des contrats consubstantielle au principe de la transmission universelle du patrimoine ? Il y a fort à douter que non.

### **B. La perception jurisprudentielle des contrats *intuitu personae* à l'issue des fusions et scissions : une méconnaissance de la règle de continuation des contrats**

**306. Méconnaissance de la règle de la continuation-** En dépit de la généralité de la règle de continuation des contrats résultant des fusions et scissions, on a pu constater que les juges refusent sa pleine application lorsque les contrats en cause sont supposés être conclus *intuitus personae*. Cette analyse consistant à refuser la continuation de certains contrats, au motif qu'ils auraient été conclus *intuitus personae*, est, à tous égards, contestable, car elle méconnaît le principe de la transmission universelle du patrimoine de plein droit, consacrée par celle-ci. Elle méconnaît, à notre avis, aussi bien le droit européen que celui-ci français.

**307. L'*intuitus personae* et le droit européen-** Elle est, tout d'abord, contraire au droit européen<sup>477</sup> ainsi qu'à son interprétation. Aux termes des articles 3<sup>478</sup> et 4<sup>479</sup> de la troisième Directive, le législateur européen dispose que la fusion constitue l'opération par laquelle plusieurs sociétés transfèrent à une autre société existante ou nouvelle

---

<sup>477</sup> Troisième Directive 78/855/CEE relative aux fusions des SA et sixième Directive de décembre 1982 relative aux scissions de SA.

<sup>478</sup> Article 3 « la fusion absorption est l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transfèrent à une autre, par suite d'une dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine activement et passivement(...) ».

<sup>479</sup> Article 4 « la fusion par constitution d'une nouvelle société est l'opération par laquelle plusieurs sociétés transfèrent à une société qu'elles constituent, par suite de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine activement et passivement(...) ».

l' « *ensemble de leur patrimoine activement et passivement* ». Quant aux termes de l'article 19 de la même Directive, il affirme que la fusion entraîne « *ipso jure et simultanément les effets suivants : a) la transmission universelle, tant entre la société absorbée et la société absorbante qu'à l'égard des tiers, l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante (...)* ». Il est permis de relever que pour le législateur communautaire, la fusion mais également la scission sont des opérations qui impliquent le transfert de la « **totalité du patrimoine**<sup>480</sup> », tant actif que passif, de la société absorbée ou scindée au bénéfice d'une autre société. Il ne procède à aucune « *discrimination* » entre les éléments composant le patrimoine transmis. M. Richard ROUTIER<sup>481</sup> affirmait à ce propos que pour le droit communautaire, « *le principal effet de la fusion est la transmission universelle subséquente de l'ensemble du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante* ». Selon lui, cette transmission s'opère *erga omnes* et comprend aussi bien tous les éléments d'actif que de passif. Cet auteur de continuer, la transmission universelle est justifiée par l'impératif de transmettre un patrimoine économiquement cohérent afin de sauvegarder la continuité de l'activité sociale. Par conséquent, tout logiquement, la société bénéficiaire étant continuatrice de la société dissoute, elle est tenue de continuer l'ensemble du patrimoine recueilli, dont les contrats dès lors que ceux-ci sont encore producteurs d'effets.

**308. L'intuitus personae et le droit français-** La solution classique de la jurisprudence est également contraire au droit français. En effet, la loi du 5 janvier 1988 qui a profondément remanié le régime des fusions et des scissions dispose, à l'instar des Directives européennes, que les fusions et scissions entraînent la « *transmission universelle du patrimoine* » de la société absorbée ou scindée à la société bénéficiaire. La transmission d'une « *universalité* » signifie le transfert l'ensemble des éléments, dont notamment les contrats, constituant le patrimoine le jour de la réalisation définitive de ces opérations. En opérant une distinction entre les contrats, distinction qui ne résulte ni des directives européennes et encore moins de la loi du 5 janvier 1988, on peut que constater la méconnaissance de la règle de continuation par les juges. En affirmant qu'il ne peut y avoir continuation des contrats en cours signés par la société absorbée ou scindée sans l'accord exprès du cocontractant, les juges ignorent le caractère général et non discriminatoire de la règle de continuation des contrats qui résulte des fusions et des scissions. Cette règle étant

<sup>480</sup> C'est souligné par nous.

<sup>481</sup> V. Richard ROUTIER, *Les fusions de sociétés commerciales*, op. cit., p. 17.

automatique, par principe, on ne peut concevoir qu'elle soit « *impuissante* <sup>482</sup> » pour permettre la continuation de tous les contrats, y compris ceux conclus *intuitu personae*.

Cette jurisprudence, désormais <sup>483</sup>, constante, permet de se poser une question, celle du fondement de l'extinction du contrat dans le cadre de la transmission universelle du patrimoine. Peut-on vraiment dire que l'*intuitus personae* constitue un élément essentiel dont la disparition doit impliquer la constatation de sa caducité ? Il est évident que l'analyse de la nature profonde du transfert universel ne saurait permettre de considérer que la considération de la personne constitue, en l'espèce, une cause expresse de la caducité du contrat. Affirmer le contraire, c'est certainement, dans une certaine mesure, méconnaître, à la fois, le texte et l'esprit de la loi <sup>484</sup>.

## **II. L'analyse doctrinale de l'influence de l'*intuitus personae* sur la transmission des contrats, en cas de fusion et de scission**

**309.** Il conviendrait également, ici, après avoir exposé cette perception doctrinale par rapport au sort particulier des contrats conclus *intuitu personae*(A), de déterminer sa justesse au regard du principe de la transmission universelle du patrimoine(B).

### **A. Le sort des contrats conclus *intuitu personae* dans le cadre des fusions et des scissions, vu par les auteurs**

**310. Non continuation des contrats *intuitu personae*-** Il est vrai qu'il est permis de constater que le thème, objet de notre étude, n'a pas à proprement parler fait l'objet d'une attention toute particulière ni par le législateur européen, ni par le législateur français <sup>485</sup>. Ceci est d'autant plus regrettable qu'en examinant les diverses décisions de la jurisprudence, il serait difficile de relever une position claire de celle-ci relative au sort particulier des contrats de la société fusionnée ou scindée. En effet, de l'avis d'une certaine

---

<sup>482</sup> V. C.A. Aix-en-Provence, op. cit.

<sup>483</sup> V. Cass. com., 29 octobre 2002, Dr. & patr.- n° 114, avril 2003, note D. PORACCHIA.

<sup>484</sup> En l'occurrence de l'article L. 236-3, du Code de commerce.

<sup>485</sup> En l'occurrence aussi bien la loi du 5 janvier 1988 que l'article 1844-4 du Code civil ne disent absolument rien sur le sort particulier des contrats dans le cadre des fusions et des scissions.

doctrine autorisée, cela n'a donné « lieu à une décision de principe de la Cour de cassation à l'échelon des cours d'appel <sup>486</sup> ».

**311. Absence d'une meilleure lisibilité quant au sort des contrats-** Face à cette absence de netteté, c'est donc tout naturellement à la doctrine qu'est revenue la tâche d'une tentative de solution. L'observateur constatera qu'en France, une partie majoritaire de la doctrine<sup>487</sup> estime que la transmission universelle du patrimoine ne saurait emporter continuation de plein droit des contrats de la société absorbée ou scindée conclus *intuitu personae*. L'analyse la plus ancienne, à notre avis, est celle de Roger HOUIN. Commentant une décision de la Cour d'appel d'Amiens, cet auteur affirmait qu'« *il peut donc exister des biens qui ne peuvent pas être transmis par la société absorbée à la société absorbante ; tel est le cas aussi des contrats qui présentent un caractère intuitu personae*<sup>488</sup> ». Dans le même ordre d'idées, MM. B. MERCADAL et Ph. JANIN, à leur tour, écrivaient que le principe de la dévolution, résultant des fusions, ne saurait englober des biens intransmissibles. Ils affirment en ce sens qu'« *il en est de même, croyons-nous, lorsque l'intransmissibilité résulte de la volonté des parties exprimée dans l'acte et des contrats conclus intuitu personae, c'est-à-dire fondés sur la personnalité de celui qui doit exécuter la prestation convenue. La reprise de tels contrats par la société absorbante est subordonnée à l'accord du cocontractant* »<sup>489</sup>. Selon eux la continuation, par la société bénéficiaire, des contrats conclus *intuitu personae* figurant à l'actif de la société absorbée est subordonnée à l'accord du cocontractant.

**312.** Un peu plus récemment, Madame Catherine PRIETO écrivait, également dans sa brillante thèse, que « *l'intuitus societatis produit des effets importants face aux événements sociétaires. Tout d'abord, le contrat intuitu societatis contrarie nécessairement la règle de la transmission universelle du patrimoine, en s'attachant à la dissolution de la société en dépit de l'absence de liquidation*<sup>490</sup> ». Cette analyse doctrinale somme toutes condamnable est, comme nous tenterons de le démontrer, tout à fait contraire au principe de la

---

<sup>486</sup> V. A. VIANDIER, *Les Contrats conclu intuitu personae face à la fusion des sociétés*, Mlges Mouly, éd. Litec, 1998, p. 193, spéc. p. 194, n° 5.

<sup>487</sup> Voir notamment X. JASPAR et N. METAIS, « *Les limites à la transmission universelle de patrimoine : les contrats intuitu personae et les contraintes afférentes à certains biens* » : Bull. Joly 1998, p. 447, § 156 ; C. PRIETO, *La société contractante*, PUAM, 1994, n° 700 ; A. VIANDIER, « *Les contrats conclu intuitu personae face à la fusion des sociétés* » in Mélanges Ch. MOULY, Litec, 1998, p. 193 et s.

<sup>488</sup> V. Note ss C.A. Amiens, 5 octobre 1974 : RTD com. 1975.136, n° 18.

<sup>489</sup> V. F. LEFEBVRE, *Sociétés commerciales*, 2005, p. 1210, n° 26 844.

<sup>490</sup> V. C. PRIETO, *La société contractante*, P.U. D'Aix, 1994, n° 685 et 695.

continuation qui se veut indifférente, par principe, de la nature *intuitus personae* ou non du contrat en cours.

## **B. La contrariété de l'analyse doctrinale par rapport à l'indifférence de principe de la nature du contrat dans le cadre de la règle de la continuation des contrats résultant des fusions et des scissions**

**313. Caractère général de la règle de la continuation-** Il faut relever que cette analyse doctrinale qui rejoint d'ailleurs la tendance jurisprudentielle<sup>491</sup>, tranche complètement avec le principe de la dévolution résultant des fusions et des scissions. Le législateur affirme d'une manière on ne peut plus claire que ces opérations, lorsqu'elles se réalisent, entraînent « *de plein droit la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société bénéficiaire* »<sup>492</sup>. Il affirme, de plus, que cette transmission globale du patrimoine se fait « *dans l'état où se trouvait ce patrimoine à la date de réalisation définitive de l'opération* ». Ce qui voudrait dire que le principe consacré par le législateur lui-même, est, et demeure celui du transfert de l'ensemble du patrimoine de la société absorbée à la société bénéficiaire. Celle-ci, par conséquent, en tant qu'ayant cause à titre universel aura à la fois le droit et l'obligation de continuer cette « *universalité* », y compris tous les contrats souscrits par la société absorbée. L'ensemble des contrats, même ceux conclus *intuitu personae* font de plein droit et par principe parties de la règle de la continuation. Selon Madame PRIETO<sup>493</sup>, c'est la dissolution de la société bénéficiaire qui justifie le fait que les contrats *intuitu personae* contrarient la règle de la transmission universelle, en dépit, affirme-t-elle de l'absence de sa liquidation. Cependant, elle néglige de préciser que la continuation à la fois de la personne de l'entité dissoute et de son activité fonde la continuation de l'ensemble de son patrimoine, dont l'ensemble des contrats. Le patrimoine est un ensemble de droits et d'obligations dont la loi postule, par principe, sa transmission globale tant qu'il n'existe pas de stipulation expresse contrariant celle-ci. Le fait qu'un contrat soit conclu *intuitus personae* ne saurait contrarier une règle provenant d'un droit spécial, le droit commercial. Si le contrat *intuitus personae* peut constituer une limite au transfert d'une position contractuelle en droit commun, en l'occurrence en cas de

---

<sup>491</sup> Voir à ce propos C.A. D'Aix-en-Provence, 12 juin 1997, préc.

<sup>492</sup> V. art. L. 236-3, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>493</sup> V. C. PRIETO, thèse préc., n° 685.

cession<sup>494</sup>, on ne saurait tirer, automatiquement, la même conclusion dans le domaine particulier du droit sociétés, qui est un droit caractérisé par des dispositions dérogatoires au droit commun des contrats<sup>495</sup>. Soutenir que le fait que le contrat soit conclu en considération de la personne suffit, en soi, pour contrarier la règle de la continuation universelle est sans fondement et est contraire au principe de la dévolution universelle, consacrée explicitement par le législateur. À notre avis, la « *stipulation adéquate est le marqueur le plus sûr de la qualification de contrat conclu en considération de la personne* »<sup>496</sup> susceptible, en l'espèce d'empêcher la continuation du contrat. Cette analyse qui est, à notre avis, conforme aussi bien à la lettre et à l'esprit du droit des fusions qu'à la nature spécifique de ces opérations est partagée par certains<sup>497</sup>, et non des moindres. Ils affirmaient dans le Lamy Sociétés que « *la fusion emporte à notre avis transfert des contrats dont était titulaire la société absorbée à la société absorbante. Certes, il est parfois soutenu que le caractère intuitu personae de certains d'entre eux supposerait que soit donné l'accord du cocontractant à cette transmission.* »<sup>498</sup> Ils terminent leur analyse par un constat clair, juste et cinglant en disant que « *(...) cette exigence ne nous paraît pas résulter directement des termes de l'article 372-1 de la loi de 1966. Aussi si le cocontractant de la société souhaite disposer d'un tel droit de regard, il nous paraît plus prudent qu'il le stipule expressément dans le contrat* »<sup>499</sup>.

**314. Fondement de la portée générale de la règle de la continuation des contrats**-Cette affirmation de la portée générale de la règle de la continuation trouve son fondement dans trois dispositions principales. La première est l'article **371, al. 1<sup>er</sup>** de la loi du 24 juillet 1966<sup>500</sup> selon laquelle « *une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent* ». La deuxième disposition, plus importante à notre avis, est l'article **372-1, al.**

<sup>494</sup> On sait en effet que la différence fondamentale qui existe entre le mécanisme de la cession de contrat et celui de la transmission universelle réside dans le fait, contrairement à celle-ci, l'accord du cocontractant cédé est toujours requis dans l'hypothèse d'une cession de contrat. Et cette solution est *a fortiori* applicable aux contrats empreints d'*intuitus personae* : Voir en ce sens Cass. com., 7 janvier 1992 : D. 1992, somm. P. 278, obs. AYNES ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 juin 2000 : Bull. civ., I, n° 173 ; RTD civ., 2000.571, obs. B. FAGES et J. MESTRE.

<sup>495</sup> On peut à cet égard citer la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires dont nombre de dispositions sont dérogatoires du droit commun des obligations.

<sup>496</sup> C'est les propos de M. A. VIANDIER que nous partageons totalement.

<sup>497</sup> V. J. MESTRE, D. VELADOCCHIO et Ch. BLANCHARD-SEBASTIEN, Lamy Sociétés commerciales, 2003.

<sup>498</sup> V. J. MESTRE, D. VELADOCCHIO et Ch. BLANCHARD-SEBASTIEN, Lamy Sociétés commerciales, 2003, n° 1696, p. 738.

<sup>499</sup> On peut également noter dans le même sens l'avis du Comité juridique de l'ANSA du 9 septembre 1992, n° 213.

<sup>500</sup> Il s'agit aujourd'hui de l'actuel article L. 236-1, du Code de commerce.



<sup>1er501</sup> qui vient en quelque sorte conforter la précédente disposition. Il y est dit que la fusion ou la scission entraîne transmission universelle du patrimoine de la société qui disparaît à la société bénéficiaire, et ce, tel que se trouve le patrimoine au jour de la réalisation définitive de l'opération. La troisième disposition, enfin, qui fonde le caractère général de cette règle de la continuation, c'est **l'article 381, al. 1<sup>er502</sup>** aux termes duquel il est dit que « *la société absorbante est débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée au lieu et place de celle-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard* ». L'ampleur de cette dévolution du patrimoine a été résumée par la Cour d'appel de Paris en ces termes, très clairs et conformes à la réglementation en vigueur: la fusion a un « *effet subrogatoire impératif<sup>503</sup>* ». Dans cet arrêt, les juges d'appel de Paris affirment que l'« *effet subrogatoire impératif (résultant de la fusion s'entend) enlève tout fondement à toute clause, quelle que soit sa qualification emportant une restriction quelconque de forme ou de fond* ».

**315. Droit commun, fondement de la règle générale de continuation-** En outre, cette règle de continuation dont la portée est, par principe, générale trouve un certain fondement dans le Code civil. Rappelons qu'en vertu de l'article 1134 « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Par conséquent, en application de cette disposition du droit commun, l'ayant cause universel, c'est-à-dire la société absorbante, est légalement fondée à demander la poursuite de l'exécution du contrat figurant dans le patrimoine recueilli. Le cocontractant ne saurait de principe se soustraire à la poursuite de cette « loi » contractuelle légalement formée. Outre, le principe de la transmission universelle de patrimoine qui, rappelons-le, s'opère de plein droit, la force obligatoire du contrat oblige le cocontractant à la poursuite de l'exécution du contrat avec l'ayant cause universel qu'est la société bénéficiaire. En définitive, le cocontractant ne saurait, par principe, alléguer du caractère *intuitus personae* du contrat pour refuser la transmission du contrat, d'autant plus qu'il y a, en l'occurrence, poursuite du contrat sans aucune discontinuité. Une telle solution est d'autant plus logique qu'il n'y a pas de « *novation<sup>504</sup>* » en cas de transmission universelle de patrimoine. Si le caractère général de

<sup>501</sup> Ce texte correspond à l'actuel article L. 236-3, du Code de commerce.

<sup>502</sup> Cette disposition est aujourd'hui contenue dans l'article L. 236-14, du Code de commerce.

<sup>503</sup> V. C.A. Paris, 17 avril 1976 : Rev. Des sociétés 1977.69.

<sup>504</sup> V. C. com., art. L. 236-14.

la continuation des contrats trouve une justification dans certains textes, il n'en demeure pas moins que certains facteurs le confortent également.

## SECTION II - LES FACTEURS EXTERNES JUSTIFIANT L'IMPUISSANCE DE L'INTUITUS PERSONAE À EMPÊCHER LA CONTINUATION DE PRINCIPLE DES CONTRATS DANS LE CADRE DES FUSIONS ET DES SCISSIONS

**316. Insuffisance de l'*intuitus personae***- Même si l'*intuitus personae* apparaît être, pour les cocontractants, un mécanisme de pérennisation du lien contractuel, il n'en demeure pas moins qu'il en constitue également un instrument de sa fragilisation (§.1). Et cela n'a certainement pas, à notre avis, échappé ni au législateur européen, ni à celui français qui n'ont pas voulu faire de l'*intuitus personae* un obstacle exprès et de principe à la règle de continuation, dans le cadre des fusions et des scissions. Cette généralisation de la règle de continuation aux contrats en cours de la société qui disparaît n'est pas en soi surprenante. En outre, au-delà du principe même de la transmission universelle, l'application de principe de la règle de continuation à tous les contrats de la société absorbée se justifie, dans une certaine mesure, par la mutation qu'a subie la notion de « contrat ». Le contrat n'est plus en effet, aujourd'hui, seulement considéré comme un lien personnel. Il est désormais devenu un bien, possédant une certaine valeur patrimonial (§.2), au service du développement et de la transmission de l'entreprise (§.3).

### §.1. L' « *intuitus personae* », un instrument incontestable de précarisation de la relation contractuelle

**317. Intérêt de l'*intuitus personae***- En s'intéressant à l'identité du cocontractant, que celle-ci soit personnelle ou professionnelle, le futur contractant cherche des éléments qui pourront le fixer sur la confiance qu'il sera amené à lui porter. On contracte avec telle personne déterminée, parce qu'on cherche, quelque part, des éléments susceptibles de s'assurer une bonne exécution du contrat. De la pertinence de ces éléments recherchés et trouvés, dépendra de la « *fidélité* » qu'on témoignera à son partenaire.

**318. Pérennisation du contrat**- Cette « *fidélité-exclusivité*<sup>505</sup> », traduction de l'*intuitus personae*, dont est empreint le rapport contractuel, donne à celui-ci une certaine

---

<sup>505</sup> Cf. Guy-Auguste LIKILLIMBA, *La fidélité en droit privé*, P.U.A.M., 2003, p. 187.

stabilité. C'est pourquoi, certains<sup>506</sup> voient au contrat *intuitus personae* l'image classique d'un contrat généralement durable. En donnant une certaine intensité à l'*affectio contractus*, l'*intuitus personae* renforce, par là même, le rapport contractuel. Cependant cette prise en compte de l'*intuitus personae* ou, du moins cette exagération de son importance n'est pas sans conséquence fâcheuse sur le rapport contractuel qu'il entend renforcer.

**319. Caractère perturbateur de l'*intuitus personae*-** S'il est indéniable que l'*intuitus personae* donne au contrat une certaine pérennité du fait notamment du renforcement de l'*affectio contractus*<sup>507</sup>, il est aussi évident qu'il lui confère également une certaine fragilité. Le fait que la pérennité du contrat ait pour base certaines qualités du contractant, fait que la disparition de celles-ci va impliquer la cessation dudit rapport contractuel. La disparition de l'*intuitus personae* apparaît ainsi comme une sorte d'« épée de Damoclès » sur le rapport contractuel. Et une telle situation, dans certaines hypothèses, ne sera pas de nature à rassurer les autres contractants lorsqu'il s'agit d'une entreprise. Car, il est possible, dans ce cas, que la disparition d'une relation contractuelle ait des répercussions sur les autres contrats de l'entreprise par un *effet de dominos*.

**320. L'*intuitus personae*, un risque pour la circulation du contrat-** Ce risque que représente l'*intuitus personae* pour la pérennité du contrat est d'ailleurs partagé par un auteur dont on connaît, pourtant, les positions en faveur de la non-continuation principielle du contrat empreint de cette caractéristique. De l'avis même de CONTAMINE-RAYNAUD, si l'*intuitus personae* « accroît le champ d'application du contrat en y intégrant la personne<sup>508</sup> » du contractant, il n'en demeure pas moins qu'il contribue, reconnaît-elle, « à un affaiblissement des effets du contrat. Que ce soit dans sa naissance, dans son exécution ou dans sa mort, la force obligatoire du contrat se trouve diminuée<sup>509</sup> ». Dans la conclusion de la première partie de sa thèse, l'auteur a été on ne peut plus clair sur les conséquences de l'*intuitus personae*. Il y est dit que « le contrat *intuitus personae* n'est qu'un contrat affaibli qui ne produit que de façon atténuée les effets juridiques qui découlent normalement d'un contrat. L'*intuitus personae* fait échec à la

<sup>506</sup> Cf. LIKILLIMBA G-A., op. Cit., p. 190.

<sup>507</sup> L'expression latine « *affectio contractus* » traduit l'intention de contracter qui doit animer les contractants de collaborer sur un pied d'égalité. Elle suppose non seulement un esprit de collaboration mais également la faculté pour chaque contractant de contrôler les prestations offertes par l'autre.

<sup>508</sup> V. CONTAMINE-RAYNAUD, th. préc., p. 272.

<sup>509</sup> V. CONTAMINE-RAYNAUD, idem.

*force obligatoire du contrat*<sup>510</sup> ». De la disparition du contractant ou de certaines de ses qualités s'ensuivra donc la rupture du lien contractuel<sup>511</sup>. Car, de l'examen de l'*intuitus personae*, on retient que dans tout contrat qui en est empreint, la rupture unilatérale ou de droit est à tout instant possible. Un tel facteur de fragilisation<sup>512</sup> de la relation contractuelle n'est aucunement pas favorable aux restructurations d'entreprises, notamment par voie de fusion ou de scission. On comprend, dès lors, l'attitude du législateur quant au refus d'exclure certains composants du patrimoine social, du fait de leur nature, de la transmission universelle.

**321.** En n'excluant pas de principe certains éléments du patrimoine, dont notamment les contrats, du fait de leur nature *intuitus personae*, de la transmission universelle, le législateur a, selon nous, adopté une attitude cohérente et logique. On ne peut en effet faire d'une notion imprécise un obstacle de droit à un principe si important pour les restructurations d'entreprises. Comme nous tenterons de le démontrer, on ne peut que constater le flou ambiant qui entoure à la fois la notion d'*intuitus personae* et celle du contrat considéré comme empreint d'une telle coloration. Cette non visibilité est, d'une manière certaine, liée au fait que l'*intuitus personae* constitue une notion polysémique, c'est-à-dire donc insaisissable (I). En outre, la précarisation du contrat qu'implique l'*intuitus personae* fait qu'on assiste à une tendance législative à son élimination (II).

---

<sup>510</sup> V. CONTAMINE-RAYNAUD, *idem*.

<sup>511</sup> V. PRIETO C., *Evènement affectant la personne de la société contractante in La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Colloque Aix-Marseille, p. 84.

<sup>512</sup> On retrouve d'ailleurs de tels cas dans le Code civil. Selon respectivement les articles 2003 et 1795 dudit code, « *le mandat finit (...) par la mort naturelle (...) soit du mandat, soit du mandataire* » et « *le contrat d'ouvrage est dissout par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur* ». Il ressort de ces dispositions du droit commun que la disparition d'un contractant ou de certaines de ses qualités fondamentales, ayant déterminé le consentement de son partenaire, emporte rupture corrélative de la relation contractuelle.

## I L'intuitus personae, une notion à la nature juridique floue

**322. Notion-** L'incertitude qui entoure l'*intuitus personae* n'a pas rendu facile l'appréhension de la notion de contrat conclu comme tel. De l'analyse des solutions proposées tant par la jurisprudence (A) que par la doctrine (B), il ne ressort aucun élément probant qui permette de dire avec exactitude ce qu'est un contrat *intuitus personae* par nature ou conclu comme tel.

### A. L'incertitude jurisprudentielle relative à la notion de contrat *intuitus personae*

**323. Absence de définition légale de l'*intuitus personae*-** Il conviendrait, à notre avis et cela, avant d'exposer l'état de la jurisprudence sur la question, de rappeler en amont, que le législateur lui-même n'a donné aucune espèce de définition de ce qu'il faudrait entendre par *intuitus personae*. Le seul et véritable texte qui évoque cette notion, c'est l'article 1110, alinéa 2 du Code civil. Ce texte a en effet introduit, dans les contrats conclus *intuitu personae*, une cause de rupture particulière, en l'occurrence l'erreur. Il y est simplement dit que « *l'erreur n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention* ». En revanche, la loi ne dit pas les critères qui permettent de déterminer le contenu de cet *intuitus personae*, comme s'il voulait laisser cette rude tâche aux magistrats, comme il en est souvent le cas.

**324. Le contrat de mandat-** En étudiant certaines des décisions rendues par la jurisprudence sur cette notion qui est aujourd'hui à la mode, on se rend vite compte qu'il est difficile de dégager une idée assez claire de ce qu'est réellement le contrat conclu *intuitus personae*. Pour illustrer nos propos, il suffit de prendre l'exemple le plus classique de ce type de contrat, en l'occurrence le mandat. Au début du siècle dernier, la juridiction d'appel de Paris confirmait une analyse qui était déjà connue en affirmant que le mandat était « *un contrat essentiellement personnel ne pouvant intervenir qu'intuitus personae* <sup>513</sup> ». Quatre plus tard, la haute juridiction admettait la substitution de

---

<sup>513</sup> V. C.A. Paris, 23 mai 1919 : RTD civ. 1920.380, n° 62, note R. DEMOGUE.

mandataire<sup>514</sup>. Et aujourd'hui, la jurisprudence reconnaît la validité des stipulations susceptibles de mettre en échec l'extinction du mandat à l'issue du décès de l'une des parties contractantes<sup>515</sup>. Ceci permet de remarquer dans quelle proportion la nature de ce contrat déclaré *intuitus personae* a, en si peu de temps, connu de profonds bouleversements.

**325.** Ce caractère insaisissable de l'*intuitus personae* concernant le mandat se retrouve aussi à propos d'un autre contrat, le contrat de distribution. Selon Madame Anne-Sophie BARTHEZ, se référant à une étude de Madame MALAURIE-VIGNAL sur l'*intuitus personae* des contrats de distribution, des décisions rendues par la jurisprudence il est impossible de dégager une ligne conductrice « *qui permettrait d'avoir une idée précise sur ce qui fait la nature intuitus personae des contrats de distribution*<sup>516</sup> ». Cette cinglante conclusion est d'autant plus surprenante que le contrat de distribution est très souvent considéré comme un véritable contrat *intuitus personae* par excellence<sup>517</sup>. Cette incertitude qui entoure l'*intuitus personae* n'est pas l'apanage des seuls juges. Elle est aussi connue des auteurs.

## **B. De la difficulté de la doctrine à définir l'*intuitus personae***

**326. L'*intuitus personae*, une notion fuyante et polymorphe-** Peu de notions en droit français, comme l'*intuitus personae*, ont fait l'objet de tant d'études de la part des auteurs<sup>518</sup>. Et malgré tout, il est aujourd'hui difficile d'appréhender les contours précis de

<sup>514</sup> V. Req., 20 juin 1923, S. 1927, 1, p. 308.

<sup>515</sup> V. C.A. Paris, 12 décembre 1967, D. 1968.269 ; Cass. com., 22 mai, 1967 et 12 juin 1967 : J.C.P. éd. G. 1968, II, 15389, note P. L.

<sup>516</sup> V. Anne-Sophie BATHEZ, *La transmission universelle des obligations, Etude comparée en droit des successions et en droit des sociétés*, thèse, Paris I, 2000.

<sup>517</sup> V. notamment D. FERRIER, *Droit de la distribution*, 3<sup>e</sup> éd., Litec, 2002, n° 614 et s.

<sup>518</sup> Voir notamment : F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse Paris, 1938 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse, Paris II, 1974 ; ALIBERT, *L'intuitus personae dans la concession de service public : un principe en mutation ?* : Rev. adm., 1990, p. 567 ; HELOT, *La place de l'intuitus personae dans les sociétés de capitaux* : D. 1991, chron., p. 143 ; J. MESTRE, *Le sort des contrats intuitu personae* : RTD civ. 1986.747 ; B. PICHARD, *Le transfert des contrats conclu intuitu personae en cas de fusion*, in note sous Aix-en-Provence, 12 juin 1997 : Les P.A. du 18 février 1998, p. 24 ; A. VIANDIER, *Les contrats conclu intuitu personae face à la fusion des sociétés* in Mélanges Mouly, t. II, Litec 1998, p. 203 ; Ph. LE TOURNEAU, *Contrats « intuitu personae »* in J.-cl. 1994, fasc. 420 ; M.-E. ANDRE, *L'intuitus personae dans les contrats entre professionnels*, in Mélanges Michel CABRILLAC, Dalloz Litec, 1999, p. 23.

la notion. Considérée de « *fuyante* » et de « *polymorphe*<sup>519</sup> », la notion d'*intuitus personae* est diversement perçue par les auteurs.

**327.** Pour certains<sup>520</sup>, il existerait un *intuitus personae* au sens strict et un autre au sens large. Dans le premier cas, on prendrait en compte l'identité même du cocontractant ou certaines de ses qualités personnelles, par exemple sa notoriété ou ses compétences. C'est l'analyse partagée par MM. MALAURIE et AYNES qui voient en *l'intuitus personae* la prise en considération de certaines des qualités essentielles du cocontractant, qualités qui vont conditionner la conclusion et/ou l'exécution du rapport contractuel. Ils disent, en l'occurrence, qu'un « *contrat est marqué d'intuitus personae lorsque sa formation et son exécution dépendent de la personne du cocontractant*<sup>521</sup> ». Dans le second cas, en revanche, *l'intuitus personae* s'identifierait au patrimoine du contractant. Autrement dit, ici, ce n'est pas la personne même du contractant qui est prise en considération mais, au contraire, sa « fortune », d'où l'appellation d'*intuitus bonorum*<sup>522</sup>. D'autres auteurs voient en *l'intuitus personae* la traduction d'une considération fondée sur les sentiments. A ce titre, VALLEUR<sup>523</sup> opère une distinction entre un *intuitus personae* d'affection et de confiance. Dans sa remarquable thèse portant sur « *L'intuitus personae dans les contrats* », Madame CONTAMINE-RAYNAUD a préféré, elle, faire une distinction entre un *intuitus personae* positif et négatif<sup>524</sup>. Si le premier suppose que le cocontractant ait été choisi parce qu'il présente telle ou telle qualité, le second, en revanche, fonde son choix sur l'absence chez lui de certaines qualités. Selon cet auteur, seul le premier constituerait véritablement un obstacle à la transmission du contrat.

**328.** En définitive, la question de la détermination de *l'intuitus personae* demeure toujours. Car, si de façon générale, on soutient qu'un contrat est empreint d'*intuitus personae* lorsque la considération de la personne de l'une des parties au contrat a été déterminante du consentement donné par l'autre<sup>525</sup>, il n'en demeure pas moins qu'on n'ignore le contenu exact de cette prise en considération. En outre, s'agissant d'une

<sup>519</sup> V. A.-S., *La transmission universelle des obligations, Etude comparée en droit des successions et en droit des sociétés*, thèse Paris I, 2000, p. 413.

<sup>520</sup> V. Ph. LE TOURNEAU, *Contrat « intuitus personae »* in J.-cl.- Contrats-Distribution, fasc. 420.

<sup>521</sup> V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil : les obligations*, 2004, éd. Defrénois, n° 421.

<sup>522</sup> V. A.-S. BARTHEZ, *La transmission universelle des obligations, Etude comparée en droit des successions et en droit des sociétés*, thèse Paris I, 2000, p. 414.

<sup>523</sup> V. F. VALLEUR, thèse préc., p. 263.

<sup>524</sup> V. M. CONTAMINE-RAYNAUD, th. Préc., p. 259.

<sup>525</sup> V. AZOULAI M., *L'élimination de l'intuitus personae dans le contrat* in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Etudes de droit privé, LGDJ, 1960, p. 1 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse préc. p. 22.



personne morale, sur quoi doit exactement porter cette considération ? Sur la notoriété de la société, ses dirigeants, ses associés, son patrimoine ? Si il n'existe aucune réponse légale, l'analyse de la doctrine, non plus, ne donne aucune satisfaction. Cette difficulté d'appréhender ce qu'est l'*intuitus personae* a pour conséquence de rendre moins lisible la détermination du contrat conclu comme tel.

**329. Le contrat de concession-** Ainsi, par exemple, si pour certains auteurs<sup>526</sup> la nature du contrat de concession est d'être empreint d'un *intuitus personae*, d'autres<sup>527</sup>, au contraire, récusent une telle idée. Pour ces derniers, même si le contrat de concession peut être conclu *intuitus personae*, il n'en demeure pas que cette caractéristique ne lui est pas inhérente. Aussi, est-ce pourquoi remarquent-ils que la jurisprudence admet facilement la transmission du contrat de concession indépendamment de la cession du fonds de commerce<sup>528</sup> ou en même temps que celle-ci<sup>529</sup>.

**330. Le contrat de franchise-** Le contrat de franchisage est également illustratif de cette divergence doctrinale à propos de la nature de l'*intuitus personae*. Analysée, dans un premier temps, comme une sorte de contrat de concession<sup>530</sup> alors même qu'elle s'en distingue nettement<sup>531</sup>, le contrat de franchise est considéré par certains auteurs comme un contrat par nature *intuitus personae*<sup>532</sup>. Pour Le Professeur JAMIN<sup>533</sup>, à l'inverse du contrat de concession, le contrat de franchise est par essence conclu *intuitus personae*. Il en est de même pour le Professeur FERRIER qui considère que le franchisage est « *par principe conclu en considération de la personne du franchisé, en raison notamment de la sélection opérée par le franchiseur (...)*<sup>534</sup> ». On pourrait également citer le Professeur Philippe LETOURNEAU qui considère que les contrats de distribution sont « *presque*

<sup>526</sup> V. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux* in *Traité de droit civil*, J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, n° 11614, p. 479.

<sup>527</sup> V. D. FERRIER, *Droit de la distribution*, Litec, 2002, n° 708, p.390 et s. ; C. JAMIN, note sous Paris, 3<sup>e</sup> ch., 15 décembre 1992 : J.C.P. éd. G, 1994, II, 22205 cités par A.-S. BARHTEZ, thèse préc., p. 373.

<sup>528</sup> V. Cass. com., 3 juin 1982: Bull. Civ., IV, n° 190; L. AYNES, *La cession de contrat*, Economica, 1984 cités par D. FERRIER, ouvrage préc., p. 390.

<sup>529</sup> V. Paris, 16 janvier 1986 : Gaz. Pal. 1986, 1, somm., p. 214 ; Colmar, 3 février 1988 : RTD civ. 1989, p. 79, obs. J. MESTRE cités par D. FERRIER, ouvrage préc. p. 361, n° 650.

<sup>530</sup> V. Ph. LE TOURNEAU, *Le franchisage* : J.C.P. éd. N. 1985, 1, 13 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et PY, *Les contrats spéciaux*, éd. Cujas, 2001, n° 838 cités par D. FERRIER ouvrage préc., p. 372.

<sup>531</sup> En effet, si l'objet du contrat de franchise, c'est de libérer un savoir-faire, l'apport d'une assistance au franchisé, celui du contrat de concession consiste en la revente des produits du concédant par le concessionnaire.

<sup>532</sup> V. D. FERRIER, *Droit de la distribution*, préc., n° 645, p. 344 ; C. JAMIN note sous CA Paris préc.

<sup>533</sup> V. C. JAMIN note sous CA Paris préc.

<sup>534</sup> V. en ce sens Comm. CE 17 décembre 1986, aff. Y. Rocher : J.O.C.E. n° L.8, 10 janvier 1987 cité par D. FERRIER, p. 390.

*toujours animés d'intuitus personae*<sup>535</sup> ». D'autres, en revanche, ne sont pas de cet avis. Selon leur analyse<sup>536</sup>, seule une stipulation adéquate de personnalité peut conférer au contrat de distribution, notamment de franchise, le caractère d'*intuitus personae*. Aussi, affirment-ils que contrairement à l'opinion communément répandue, le contrat de franchise n'est pas par essence *intuitus personae*. C'est ce que reconnaît d'ailleurs, dans une certaine mesure, le Professeur Philippe LETOURNEAU. Car, tout en affirmant que les contrats de distribution sont presque toujours animés d'*intuitus personae*, il reconnaît, dans le même temps, que cette caractéristique n'est pas de leur nature<sup>537</sup>.

**331. Aveu doctrinal de la difficulté à déterminer l'*intuitus personae***- Cette difficulté, pour ne pas dire impossibilité, de définir ce qu'est cette notion est telle qu'une certaine doctrine autorisée a eu le courage de l'aveu. En effet, dans sa remarquable thèse, Madame CONTAMINE-RAYNAUD affirmait « *comme ces poissons qui, fuyants, échappent à la main qui croit s'en emparer, l'intuitus personae nous est apparu variable, multiforme, insaisissable. Plus nous croyions l'appréhender, plus il nous échappait, étant à la fois tout et rien, tantôt bouleversant la notion de contrat tantôt disparaissant dans ses effets* »<sup>538</sup>. Même la brillante thèse de Madame Catherine PRIETO ne donne pas plus de solutions permettant de juguler les malaises que soulève ce concept d'*intuitus personae* appliqué aux personnes morales, notamment aux sociétés commerciales. En commentant l'arrêt controversé rendu par la chambre commerciale, le 29 octobre 2002, le Professeur PORACCHIA admettait lui-même « qu'il reste difficile de déterminer quels sont les contrats marqués par un fort *intuitus personae* »<sup>539</sup>. Aux termes de cet exposé, on ne peut qu'être déconcerté lorsqu'on sait pourtant que les contrats commerciaux, précédemment évoqués, sont souvent, dans la pratique considérés comme des contrats *intuitus personae* par nature.

**332. Risque de l'*intuitus personae* pour le contrat**- Ce flou qui entoure tant la notion de l'*intuitus personae* que sa nature juridique n'est pas rassurant dans une matière où l'on veut donner au contrat un certain rôle. Comme nous l'avions déjà dit, l'objectif du

<sup>535</sup> V. Ph. LETOURNEAU, J.-Cl. *Contrat, Distribution*, V° *contrat intuitus personae*, fasc. 420, 1994, n° 53. Cette analyse est aussi celle de M.-E. ANDRE. Voir notamment son article : « *L'intuitus personae dans les contrats entre professionnels* », in *Mélanges M. CABRILLAC*, Dalloz Litec, 1999, p. 23 cité par M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, 2004, p. 303.

<sup>536</sup> Voir à ce propos O. GAST, *La clause de personnalité ou « d'intuitus personae » dans les contrats de franchise*, Les P.A., 18 décembre 1987, n° 151, p. 7.

<sup>537</sup> V. Ph. LETOURNEAU, fasc. préc., idem.

<sup>538</sup> V. CONTAMINE-RAYNAUD, th. préc., n° 271, p. 399.

<sup>539</sup> V. Cass. com., 29 octobre 2002 préc.

législateur, c'est de favoriser le développement ainsi que la transmission d'entreprises. Ce qui requiert le recours à une technique qui permette une transmission globale et simplifiée de tous les éléments composant le patrimoine de l'entreprise, permettant ainsi une certaine continuité d'activité. Or, celle-ci exige, par essence, la poursuite de tous les contrats de la société qui disparaît par la société bénéficiaire. Cette continuation étant à la fois universelle et de plein droit, doit, par principe, être indifférente à la nature du contrat. Prendre en compte celle-ci risquerait fortement de mettre en danger l'objectif de restructuration des entreprises.

**333. Le caractère aléatoire de la détermination de l'*intuitus societatis***- Lorsque le contractant est une personne morale, la difficulté de détermination de l'*intuitus personae* devient encore plus incertaine. Car, le cocontractant pourrait non seulement s'engager en considération des aptitudes ou des qualités spécifiques des associés, mais en outre de celles de la personne morale elle-même, voire de ses dirigeants. Dès lors, se posera une difficulté particulière : celle qui consistera à rechercher quelle a été la commune intention des parties. Admettons que cela reste une mission divinatoire très aléatoire. Si elle pourrait se concevoir dans le cadre de la cession de contrat, il en est autrement en matière de transmission universelle du patrimoine, hypothèse dans laquelle le cocontractant dispose d'une certaine garantie de bonne exécution du contrat. On comprend, dès lors, les réticences des législateurs européen et français quant à l'exclusion de droit d'un tel contrat de la transmission universelle du patrimoine. Leur volonté étant de sauvegarder l'entreprise et d'encourager les restructurations successivement au sein de l'espace européen et hexagonal, il devient impérieux de préserver la « *moelle épinière* » même de l'entreprise que constitue le contrat. Il fallait, par conséquent, décréter, par principe, la continuation de l'ensemble du patrimoine de la société absorbée ou scindée, y compris tous ses contrats, et cela, quels qu'ils soient. Cela prouve, dans une certaine mesure, une certaine tendance de la volonté du législateur de préserver la stabilité du contrat, qui a pour corollaire nécessaire celle d'éliminer l'*intuitus personae*.

## **II. De quelques tendances législatives à éliminer l'*intuitus personae* dans le contrat**

**334. Surestimation de l'importance de l'*intuitus personae***- Même si l'on constate le débat, de plus en plus fréquent<sup>540</sup>, dont fait l'objet l'*intuitus personae* dans le contrat, il faut reconnaître qu'il n'a pas l'importance qu'on voudrait bien lui accorder. On peut remarquer, à cet effet, cette méfiance du législateur à l'égard de cette notion, méfiance qui ne date pas d'aujourd'hui et qui l'a conduit à éliminer l'*intuitus personae* dans certaines hypothèses. Certaines de celles-ci sont anciennes, alors que d'autres sont plus récentes.

**335. Tendances anciennes de l'élimination de l'*intuitus personae***- Les cas d'élimination ou de modération de l'*intuitus personae* les plus anciens se retrouvent dans le Code civil<sup>541</sup>. Il s'agit en particulier des contrats de société et de mandat. Le contrat de société, on le sait, constitue un contrat fondé sur une certaine confiance réciproque. Aussi, est-ce pourquoi l'associé, à l'origine, ne pouvait absolument pas céder sa position contractuelle à un tiers sans l'autorisation de ses coassociés. De même, lorsqu'il est en faillite ou qu'il décède, la société est dissoute automatique. Toutes ces conséquences ont pour fondement évident la confiance sur laquelle est bâtie le contrat social. On retrouve ces mêmes conséquences au niveau du contrat de mandat. Le mandat est un contrat basé sur une relation de confiance. Autrement dit, c'est un contrat *intuitus personae*. C'est d'ailleurs pourquoi le législateur a disposé qu'il s'arrête de plein droit, par exemple, en cas de décès du mandataire ou du mandant<sup>542</sup>. Conscient du danger que constituent toutes ces conséquences pour le contrat, le législateur a décidé de tempérer l'*intuitus personae*. Ainsi, a-t-il permis, pour le contrat de société, que les associés puissent décider, par exemple, de la continuation du contrat en cas de décès de l'un des associés. Pour le contrat de mandat, par exemple, en dépit de son caractère *intuitus personae*, le législateur autorise le mandataire de s'en passer dans certaines hypothèses. Aussi, pourra-t-il se substituer quelqu'un dans sa gestion et cela en dehors de toute autorisation du mandat. Et le constat, c'est que le législateur, au lieu de décréter la nullité d'une telle violation de la relation de

---

<sup>540</sup> V. « Le sort des contrats conclus *intuitu personae* lors de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire » : RTD civ. 1986.747 ; Lamy sociétés commerciales, 2001, p. 734 ; X. JASPAR et N. METAIS, *Les limites à la transmission universelle du patrimoine : les contrats intuitu personae et les contraintes afférentes à certains biens* : Bull. Joly, 1998.447 ; COQUELET M.-L., *La transmission universelle du patrimoine à l'épreuve du principe d'intransmissibilité des contrats intuitu personae*, Actes Pratiques, janvier-février 2000, p. 20.

<sup>541</sup> V. AZOULAI, art. Préc., p. 9.

<sup>542</sup> V. art. 2003, C. Civ.

confiance, il affirme tout simplement que le mandataire aura l'obligation de répondre des actes de la personne qu'il s'est substituée<sup>543</sup>.

**336. L'intuitus personae et la loi du 25 janvier 1985-** A côté de ces cas de modération anciens de l'*intuitus personae*, on peut relever un autre encore plus récent. C'est le cas de l'article 37<sup>544</sup> de la loi du 25 janvier 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaire, qui impose la continuation de tout contrat, fût-il conclu *intuitus personae*. Cette élimination de l'*intuitus personae* trouve son fondement dans la volonté du législateur, exprimée avec force dans l'article premier de ladite loi, de sauvegarder l'entreprise. La solution législative est tout à fait logique car, comme le faisait remarquer un auteur, « *l'intuitus personae qui renforce l'aspect personnel déjà présent dans le lien contractuel peut se révéler un obstacle majeur à la continuation des contrats*<sup>545</sup> », nécessaire à la continuité de l'entreprise. Encore une fois, le législateur a préféré l'intérêt du commerce au détriment d'un certain principe contractuel qui n'a plus son autorité originelle, vu que le contrat lui-même, en tant que concept, a évolué.

## **§.2. Le contrat, un élément désormais à valeur patrimoniale**

**337. Evolution de la notion de contrat-** Si aujourd'hui, le contrat occupe une place particulière dans la continuité de l'activité de l'entreprise, cela n'est certainement pas dû à un hasard. Ce constat est lié au fait qu'il représente désormais une véritable valeur patrimoniale au service de l'entreprise. C'est-à-dire que le contrat est, aujourd'hui, conçu comme un « bien » au même titre que les autres biens de l'entreprise, voire mieux dans certains cas<sup>546</sup>.

---

<sup>543</sup> V. art. 1994, C. Civ.

<sup>544</sup> V. C. com., art. L. 621-28.

<sup>545</sup> V. MONSERIE M.-H., *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Litec, 1994, p. 168.

<sup>546</sup> Dans le cas particulier, par exemple, des entreprises de concession ou de franchise, il est évident que le contrat de concession ou de franchise représente l'élément essentiel de l'entreprise. C'est ce contrat qui représente, à lui seul, l'activité et la raison d'être de la société concessionnaire ou franchisée.

**338. Le contrat, un bien-** La perception classique du contrat, vu exclusivement comme une relation entre personnes, créatrice d'obligations, a évolué<sup>547</sup>. Il a été en effet donné de constater que l'intensification du caractère personnel dans le rapport contractuel par l'intégration dans celui-ci de la considération de la personne ou des qualités personnelles des cocontractants, est plus créatrice d'inconvénients que d'avantages, surtout dans le cadre particulier des entreprises. Car, cela impliquerait la rupture presque automatique du contrat en cas de tout changement ultérieur dans la personne de l'un des cocontractants. Cette prise en considération de la personne du cocontractant se révèle ainsi être un véritable facteur de fragilisation<sup>548</sup> du rapport contractuel, perturbant ainsi sa force obligatoire et sa stabilité<sup>549</sup>. On a donc pensé que le lien traditionnellement créé entre les parties et le contrat devrait être relégué au second<sup>550</sup> plan dès lors qu'il s'érige en obstacle à la pérennité du contrat, et donc de l'entreprise. Cette analyse est d'autant plus vraie que le contrat a aujourd'hui acquis une certaine autonomie à l'égard des volontés qui le créent. Ce qui le fait accéder à la dignité de bien. On peut trouver les signes de cette évolution, outre en droit des fusions et des scissions, dans d'autres domaines, notamment en droit en droit des entreprises en difficulté et dans toutes les dispositions<sup>551</sup> limitant la disparition du contrat.

**339. La nouvelle conception du contrat, une évolution logique-** Une telle évolution du contrat peut surprendre plus d'un. Toutefois, elle est relativement logique au regard de l'évolution que connaît « *le Droit qui tend vers le développement des biens incorporels, vers la dématérialisation des droits réels* »<sup>552</sup>. Et cette mutation que connaît le contrat, en intégrant dans la catégorie des biens rappelle une analyse déjà faite par Demolombe qui disait que « *l'essentiel du bien serait moins dans les données physiques que dans le cadre de l'utilité économique* »<sup>553</sup>. En effet, cette évolution du contrat est due, en réalité, à la reconnaissance de son utilité économique au service de l'entreprise. Perçu

<sup>547</sup> V. M. AZOULAI, *L'élimination de l'intuitus personae dans le contrat*, in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, L.G.D.J., 1960, p. 1.

<sup>548</sup> V. supra n° 321 et s.

<sup>549</sup> V. L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations à trois personnes*, *Economica*, 1983, n° 332 ; M. AZOULAI, art. préc., n° 5.

<sup>550</sup> V. en ce sens M.-H. MONSIERE, op. cit., p. 19.

<sup>551</sup> En effet, on constate de plus en plus le développement de clauses limitant les cas de rupture du contrat. C'est le cas notamment des clauses de tacite reconduction, de renégociation, de suspension ou encore de médiation.

<sup>552</sup> V. P. CATALA, *Rapport de synthèse*, in *L'évolution du droit des biens*, Journées R. Savatier, P.U.F., 1990 cité par M.-H. MONSIERE, op. cit., p. 20.

<sup>553</sup> V. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, P.U.F. 1991, n° 46 cité par M.-H. MONSIERE, op. cit., p. 20.

désormais comme un « *auxiliaire nécessaire* »<sup>554</sup> de l'entreprise, il paraît, dès lors, logique qu'il devienne incompatible avec sa perception traditionnelle. Un auteur faisait remarquer à juste titre que dans le cadre particulier des entreprises, contrairement aux personnes physiques, le contrat est le plus souvent « *consenti à l'égard de l'unité économique plus que de la personne...* »<sup>555</sup>.

**340.** La conséquence de cette évolution, c'est bien évidemment d'impliquer une autre plus globale, celle de la théorie générale du contrat qui se caractérise, aujourd'hui, par une remise en cause de ses fondements traditionnels, notamment les principes de l'autonomie de la volonté et de l'effet relatif. Le contrat étant, désormais, considéré comme un bien, une valeur, il est dès lors nécessaire de le préserver et de le mettre au service de l'entreprise.

---

<sup>554</sup> V. A. JAUFFRET et J. MESTRE, *Droit commercial*, L.G.D.J., 1991, p. 496, n° 753.

<sup>555</sup> V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Les créanciers face au redressement judiciaire de l'entreprise*, Rev. proc. Coll. 1991, 2, p. 129 cité par M.-H. MONSIERE, op. cit., p. 183.

### **§.3. Le contrat, un instrument majeur au service du « développement et de la transmission » de l'entreprise**

**341. Objectif de la transmission universelle du patrimoine-** Pour le législateur, il est devenu impérieux, pour l'économie nationale, de faciliter le rapprochement des entreprises en vue de promouvoir leurs concentrations. Permettre les regroupements d'entreprises, c'est permettre à l'économie hexagonale de pouvoir disposer d'entreprises de taille optimale capables de faire face à la rude concurrence venant tant d'entreprises européennes qu'internationales, en l'occurrence outre-atlantiques et asiatiques.

Face à ce constat, la seule issue reste, à l'évidence, la nécessité de prendre des dispositions pouvant permettre à l'économie française de pouvoir disposer de sociétés capables d'exposer et de faire connaître le modèle et le savoir-faire français<sup>556</sup>. La technique de la transmission universelle du patrimoine constitue, ainsi, pour les pouvoirs publics le moyen le plus aisé et le plus complet de faciliter aussi bien la transmission des entreprises mais, encore et surtout, leur développement. On retrouve cette ambition exprimée au travers de la loi du 5 janvier 1988 dont l'intitulé même est révélateur. Cette loi est dite loi relative « *au développement et à la transmission des entreprises* ». C'est cette même loi qui a, il faut le rappeler, réformé et modernisé le droit des fusions et des scissions. L'esprit qui anime, donc, les dispositions législatives et réglementaires, se résume à cette ferme volonté de faciliter à la fois la transmission et le développement de l'entreprise.

**342. Conflit entre droit de l'entreprise et droit des contrats-** Cet intérêt pour l'entreprise et qui, forcément, se concilie mal avec certains principes traditionnels de certaines disciplines, dont le droit des contrats, révèle à la fois une sensibilisation des autorités publiques de la place particulière qu'occupe ou que doit occuper l'« *entreprise* » dans la préservation et le développement de l'ordre économique national. Source principale

---

<sup>556</sup> Il faut tout de même préciser que cet état d'esprit du législateur français est représentatif dans une certaine mesure de celui plus général du législateur européen. L'achèvement du marché intérieur et de l'Union économique et monétaire requiert, pour les autorités communautaires, que l'Europe se dote d'outils juridiques capables de favoriser les investissements et de conduire à d'importantes restructurations des entreprises, notamment sous forme de concentrations. Le but étant de permettre à l'Union européenne d'avoir à sa disposition des entreprises de taille, capables de faire face aux multinationales étrangères, en l'occurrence japonaises et américaines. Or, le meilleur instrument juridique capable de permettre à l'Union de se doter de telles structures : c'est en particulier les fusions et scissions. L'intérêt et l'originalité de ces opérations de concentration consiste en ce qu'elles permettent à une entreprise de transférer d'une manière globale et simplifiée l'ensemble de son patrimoine à une ou plusieurs autres. On trouve la traduction d'une telle ambition dans un certain nombre de directives, dont notamment les 3<sup>e</sup> et 6<sup>e</sup> directives.



de création de richesses, l'entreprise devient par sa finalité économique et sociale, objet de préoccupations aussi bien pour le législateur national qu'eupéen<sup>557</sup>. Désormais, son développement, sa transmission intéressent l'ordre public économique et, par conséquent, sa préservation participe de la protection d'intérêts plus généraux et notamment du maintien de l'appareil de production, de distribution et, corrélativement, d'une certaine stabilité sociale.

**343.** Ce souci de concevoir la sauvegarde de l'entreprise comme un impératif national n'a pas été concrétisé que par la loi du 5 janvier 1988. On le retrouve également dans d'autres lois. Il s'agit notamment de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984<sup>558</sup>, relative à la prévention et au règlement amiable, de la loi du 25 janvier 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaires, sans oublier celle du 31 décembre 1989, relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique et social. Ce qui permet de relever une certaine évolution de la position du législateur. Elle se traduit par une prise en compte d'une plus grande préservation de la pérennité de l'entreprise.

**344. Intérêt de la continuité du patrimoine social-** Or, on ne peut vouloir sauvegarder l'entreprise, vouloir son développement et favoriser sa transmission sans, en amont, préserver les éléments essentiels à sa continuité, parmi lesquels les contrats occupent une place toute particulière. Il faut se rappeler que c'est par le contrat que naît et se développe l'entreprise. Sans lui, pas de production et de distribution possibles et, par voie pas de conséquence, pas d'emplois. C'est un élément d'autant plus précieux pour l'entreprise qu'il est devenu aujourd'hui un véritable bien. Il ne pourrait, dès lors, être question de garder une attitude rigoriste qui conduirait à négliger le potentiel que recèlent les contrats pour le développement et la transmission de l'entreprise. Ce qui explique la perte d'emprise par les parties sur ce rapport juridique qu'elles ont pourtant créé. Car, son sort est entièrement lié celui de l'entreprise. Cette analyse est partagée par une certaine doctrine autorisée qui constate que le contrat étant, désormais, devenu un instrument au

---

<sup>557</sup> Pour preuve toutes les directives qui sont intervenues en faveur de l'entreprise : les 3<sup>e</sup> et 6<sup>e</sup> directives, règlement CE n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, etc.

<sup>558</sup> Cette loi s'est fixé plusieurs objectifs, dont le développement de l'information comptable, pour améliorer la connaissance de la situation économique financière et sociale de l'entreprise, il y a aussi l'institution de la procédure d'alerte pour provoquer chez les chefs d'entreprise une prise de conscience.

service de l'entreprise, il « *doit pouvoir circuler* »<sup>559</sup>. Comme nous l'avons déjà expliqué, même si le contrat naît de l'accord de volontés, il n'en demeure pas qu'après il s'affranchi de celles-ci pour acquérir aujourd'hui sa véritable place qu'on lui reconnaît au sein du patrimoine de l'entreprise.

L'*intuitus personae* étant perçu comme une garantie de bonne exécution, nous ne voyons en quoi la transmission universelle mettrait, de principe, cette garantie en cause, tout au contraire. Compte tenu de l'accroissement de la capacité économique de la société absorbante, le cocontractant devrait, normalement, se réjouir de cela. Le droit des fusions et scissions n'est pas à l'image du droit des procédures collectives. Par conséquent, si le cocontractant estime que la fusion ou la scission mettrait en péril ses intérêts, rien ne l'empêchera de saisir le juge en invoquant ce motif, au de celui d'un hypothétique *intuitus personae*. En cas de fusion et scission, cela n'emporte pas « novation ». En d'autres termes, la transmission s'opère sans « discontinuité ». Il serait, dès lors, inopérant d'invoquer un quelconque *intuitus personae* pour remettre en cause la continuité patrimoniale. Car, celle-ci, emporte-t-elle nécessairement, et cela, par principe, continuation de tous les contrats de la société absorbée.

## **Conclusion du chapitre premier :**

**345. La transmission des contrats en droit des fusions et scissions, une transmission générale-** Au terme de ce premier chapitre, on retiendra que le principe de la transmission universelle du patrimoine, caractéristique essentielle des fusions et des scissions implique, de plein droit, la continuation de tous les contrats, quels qu'ils soient, de la société dissoute sans liquidation par la société bénéficiaire. Cette solution reflète aussi bien l'esprit que la lettre des dispositions en la matière ainsi que la logique même de la transmission universelle du patrimoine. Rappelons que, conformément à la loi, il est dit qu'une telle transmission implique que la société absorbante recueille l'ensemble des créances de la société absorbée et devient, en même temps, débitrice des créanciers non obligataires au lieu et place de celle-ci. Et la loi ne précise, que cette transmission a lieu sans que cela emporte novation à l'égard de ces créanciers<sup>560</sup>. La lecture fidèle de la loi, voudrait tout simplement dire qu'à l'égard des tiers, la technique de la transmission universelle, à l'inverse de celle de la cession, ne saurait être perçue ou interprétée ni

<sup>559</sup> V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Obligations*, t. 2, Contrats et quasi-contrats, op. cit. p. 303, n° 510.

<sup>560</sup> Voir en l'occurrence l'article L. 236-14, C. com.

comme une cause de novation, ni comme une cause de déchéance du terme des contrats figurant dans le patrimoine de la société absorbée. Ceux-ci sont, par principe, destinés à être continués, même conclus *intuitu personae*. La transmission étant automatique et universelle, l'*intuitus personae* ne peut, dès lors, par principe, constituer une limite de droit à la continuation des contrats figurant dans le patrimoine de la société absorbée.

**346.** Il faudrait peut être rappeler que l'*intuitus personae*, en ce qu'il est susceptible de remettre en cause la stabilité du contrat ne pouvait être compatible avec le principe de la transmission universelle de patrimoine qui fait de la continuité patrimoniale, dont les contrats en font parties, un instrument nécessaire tant à la transmission qu'au développement de l'entreprise<sup>561</sup>. Ainsi, malgré cet aspect qui caractérise certains contrats, parmi lesquels les contrats bancaires, il ne saurait servir d'obstacle de droit à la leur continuation. Le silence d'ailleurs du législateur sur l'exclusion de droit de tels contrats est assez significatif de sa volonté de donner à la règle de transmission universelle sa pleine efficacité. Ce qui donne à cette règle un caractère dérogatoire aux principes classiques du droit des obligations.

**347. L'intérêt de l'entreprise-** Nous comprenons, quelque part, cette réticence d'une partie majoritaire de la doctrine et de la jurisprudence quant au principe de continuation des contrats *intuitu personae*. Rappelons que la première apparition de ce principe fut en droit des procédures collectives avec la loi du 25 janvier 1985. Dès lors, en ce moment cela avait suscité une intense controverse, liée notamment au sort des contrats bancaires. Finalement, l'intérêt de l'entreprise l'a emporté sur la prise en compte de l'*intuitus personae* et ce, par un arrêt de principe<sup>562</sup>. En postulant la continuation de principe de tous les éléments composant le patrimoine de la société absorbée sans distinction aucune, il faut faire remarquer que le droit des fusions et des scissions ne bouleverse aucunement le contrat. Cela rentre tout simplement dans la droite ligne de la mutation que subit la notion de contrat. C'est d'ailleurs pourquoi la nouvelle législation des fusions et des scissions, marquée profondément par une vision économique du patrimoine social, relègue la perception classique du contrat au second plan. Cette orientation légale se

---

<sup>561</sup> V. en ce sens l'intitulé même de la loi du 5 janvier 1988 qui a réformé et modernisé le régime des fusions et des scissions.

<sup>562</sup> V. Cass. com., 8 décembre 1987 : RTD civ. 1988, 347, n° 7, obs. J. MESTRE ; Rev. proc. Coll. 1988 n° 1, p. 61, note J. MESTRE et Ph. DELEBECQUE.

répercute, dès lors, sur la transmission des contrats, envisagés comme des supports naturels à l'objectif de développement et de transmission de l'entreprise.

## CHAPITRE II DE L'APPLICATION DE LA RÈGLE DE LA CONTINUATION A QUELQUES PRINCIPAUX CONTRATS DE LA SOCIÉTÉ ABSORBÉE OU SCINDÉE

**348. Plan du chapitre-** Seront étudiés le contrat de cautionnement (**Section II**) et de la convention de compte courant (**Section III**). Mais avant, nous exposerons le cas des contrats relatifs à la situation des salariés des sociétés absorbées ou fusionnées (**Section I**).

### SECTION I - DES CONTRATS RELATIFS AU STATUT DES SALARIÉS DES SOCIÉTÉS ABSORBÉES OU FUSIONNÉES : DU SORT DU CONTRAT DE TRAVAIL, DES CONVENTIONS OU ACCORDS COLLECTIFS ET DES ACCORDS D'INTÉRESSEMENT

**349. Du contrat de travail-** La spécificité du contrat de travail consiste en ce que, comme d'autres<sup>563</sup>, le législateur a expressément prévu sa poursuite dans le cadre de certaines opérations de restructuration. En effet, selon l'article L.122-12, alinéa 2<sup>564</sup> du Code de travail, lorsqu' « *s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation de fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.* »

**350. Stabilité de l'emploi-** De l'examen de l'article L.122-12 ci-dessus le constat que l'on pourrait faire, c'est que le changement d'employeur n'implique pas de droit rupture des contrats de travail. Cette solution signifie, par voie de conséquence, le maintien

---

<sup>563</sup> Il en est ainsi notamment du contrat d'assurance et du contrat d'édition.

<sup>564</sup> Cet article L. 122-12 du Code du travail, était anciennement l'article 23 du même Code. Il est la résultante d'une réforme législative intervenue en 1928. En effet, jusqu'à cette date il existait un débat en France portant sur la non-transmission des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise, car ces contrats étaient supposés conclus *intuitu personae* au moins dans la personne du salarié. C'est donc pour mettre fin à ce débat, et combler du couple le vide juridique en la matière, que la loi du 18 juillet 1928 a été prise. Cette loi a ainsi institué l'article 23, alinéa 7 du Code du travail ainsi libellé : « *s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation de fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ». Cette loi mit donc fin à la rupture automatique du contrat de travail par le transfert de l'entreprise, considéré auparavant comme un cas de force majeure.

de tous les contrats de travail en cours d'exécution dans la société bénéficiaire, au terme de l'opération de restructuration. L'objectif de ce maintien est en fait simple : il est justifié par le souci de la stabilité de l'emploi, devenue, depuis quelque temps, l'une des préoccupations essentielles des pouvoirs publics.

Une remarque s'impose tout de même. On peut remarquer que l'article L.122-12 fait double emploi avec l'article L.236-3 du Code de commerce, en ce qui concerne le sort particulier des contrats de travail. Le second implique, en effet, continuation de tous les éléments, quels qu'ils soient, composant le patrimoine de la société contractante, en cas de fusion ou de scission. Le premier texte, lui, traite uniquement du sort des contrats de travail, mais dans un cadre plus large<sup>565</sup>, dont les fusions. Or, ce texte ne détermine pas ses conditions d'application. Ce qui a amené la jurisprudence, d'abord communautaire<sup>566</sup>, puis française<sup>567</sup>, à expliciter ces conditions. Les juges ont en effet posé les conditions qui doivent nécessairement être remplies pour emporter l'application de l'article L.122-12 du Code du travail. Ce qui voudrait dire, conformément à cette analyse jurisprudentielle, qu'il ne peut y avoir continuation des contrats de travail en cours tant que ces conditions ne sont pas réunies au terme des opérations de restructurations visées, dont les fusions en font parties<sup>568</sup>.

**351.** Aussi, se pose la question de savoir, qu'en sera-t-il des contrats de travail en cours si les conditions d'application de l'article L.122-12 ne se trouvent pas réunies aux termes de l'opération de fusion ou de scission ? Ceci nous amène ainsi à étudier le sort des contrats de travail de deux points de vue. D'abord, lorsque la fusion ou scission satisfait aux conditions d'application de l'article L.122-12 (§.1), mais également lorsque ces conditions font défaut (§.2). Nous examinerons, enfin, l'influence des fusions et scissions

---

<sup>565</sup> Le domaine d'application de L. 122-12 est en effet plus large puisqu'il s'applique toutes les fois qu'il survient « *une modification dans la situation juridique de l'employeur* », dont les opérations de fusion en constituent un exemple.

<sup>566</sup> V. CJCE, 10 février 1988, aff. 324/86.

<sup>567</sup> V. Cass. soc., 19 décembre 1990, n° 4960 : RJS 3/91 n° 310 ; Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 4101 : RJS 1/92 n° 7 ; Cass. soc., 25 janvier 1995, n° 453 : RJS 3/95 n°259. Dans ces arrêts successifs, la Haute juridiction exclut l'application de l'article L. 122-12, aux cas de changement de contrôle, de création d'un GIE et d'un GEIE.

<sup>568</sup> Il faut signaler que parmi les opérations visées à l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail, les opérations de scission, contrairement aux fusions, n'y figurent pas. Est-ce à dire, pour autant, que ce texte ne leur est pas applicable ? Cela paraît difficilement concevable, et cela, pour deux raisons au moins. D'abord, parce qu'il y a une identité de régime juridique entre les fusions et scissions. De façon générale, tous les textes applicables aux fusions, le sont également aux scissions, sauf dispositions légales contraires. Ensuite, et c'est la deuxième raison, on trouve dans l'article L. 122-12, l'adverbe « *notamment* » qui précède l'énumération des opérations visées. Ce qui suppose que cette énumération faite par le législateur n'est qu'indicative et non pas limitative. En définitive, on retiendra que L. 122-12 est autant applicable aux fusions qu'aux scissions.

sur les conventions ou accords collectifs des sociétés participantes (§.3) ainsi que sur les accords de participation et d'intéressement (§.4).

### **§.1. Le sort des contrats de travail lorsque la fusion ou scission satisfait aux conditions d'application de l'article L. 122-12 du Code du travail**

**352. Précisions-** Une précision préliminaire s'impose. La question de l'application du texte précédemment cité ne s'impose pas à la société absorbante, puisque dans ce cas il n'y a pas de modification dans la situation juridique de l'employeur. En revanche, elle se pose à propos de la société absorbée ou scindée. En cette occurrence, l'employeur ayant été absorbé ou s'étant scindé, il importera de déterminer l'incidence de l'opération sur les contrats de travail conclus par l'employeur. Ceci étant dit, il conviendrait de déterminer les conditions permettant l'application de l'article L.122-12, alinéa 2, du Code de travail.

**353. Les conditions d'application de l'article L. 122-12-** De façon générale trois conditions<sup>569</sup>. sont requises pour que soient appliquées les dispositions de l'article L.122-12, du Code du travail. Outre le fait que les contrats de travail doivent, bien évidemment, être en cours d'exécution le jour de la survenance de la modification dans la situation juridique de l'employeur (**A**), on exige également que cette modification suppose un transfert opérant un changement d'employeur (**B**). Enfin, il ne peut y avoir continuation des contrats en cours en l'absence d'un certain maintien de l'activité sociale transférée (**C**).

#### **A. Existence nécessaire de contrats de travail en cours**

**354. Existence de contrats de travail en cours-** Pour être continués, les contrats de travail en cause ne doivent ni être annulés, ni résiliés au moment où survient la modification, en l'occurrence la fusion ou la scission. Cette condition ne sera pas remplie si avant la fusion ou la scission de l'entreprise, le contrat de travail du salarié a déjà été

---

<sup>569</sup> En réalité, l'origine de ces conditions vient du droit communautaire. En effet, c'est la directive n° 77/187 du 14 février 1977, modifiée par la directive n° 98/50 du 29 juin 1998, qui a défini les conditions dans lesquelles les droits des travailleurs sont préservés en cas de transfert d'entreprise ou d'établissement. C'est donc cette précision du droit communautaire à laquelle on peut ajouter les interprétations de la CJCE qui ont fini par exercer une certaine influence sur la jurisprudence française : V en ce sens Mémento Pratique F. LEFEBVRE, *Social*, 2004, p. 289.

résilié ou si celui-ci a remis sa démission. L'employé dont le contrat a été rompu avant la fusion ou scission, et ce, même si la période de préavis est en cours, ne peut en aucun cas invoquer le droit au bénéfice de l'article L.122-12. Ce qui est logique, puisque le préavis n'est pas un facteur, même au cas où il serait méconnu, susceptible d'entraîner la remise en cause du licenciement<sup>570</sup>. En revanche, rien n'interdirait, bien évidemment, au nouvel employeur, c'est-à-dire la société bénéficiaire, de réengager au besoin le même salarié. Dans cette hypothèse, ce ne serait plus le même contrat, mais, au contraire, un nouveau contrat éventuellement conclu à des conditions nouvelles.

**355.** Mais, outre l'exigence de contrats en cours, les juges requièrent, pour l'application de l'article L.122-12, que la situation invoquée implique un véritable changement d'employeur, c'est-à-dire un transfert d'entreprise.

## **B. Un transfert d'entreprise<sup>571</sup>**

**356. Changement d'employeur : le transfert d'entreprise-** Le législateur a affirmé, au travers de l'article L.122-12, que tous les contrats de travail en cours sont de plein droit maintenus en cas de changement d'employeur, c'est-à-dire en cas de modification dans la situation juridique de celui-ci. Dès l'abord s'était posée la question des conditions pouvant enclencher ce changement et, donc cette continuation. Tout logiquement, comme on pourrait s'en douter, conformément au texte, la continuation de ces contrats suppose un transfert d'entreprise, qui se traduit par un changement dans la personne de la société contractante. Il y a changement d'employeur lorsque l'identité juridique de ce dernier est modifiée. Sont ainsi visées, les opérations de cession de fonds de commerce ou d'entreprise individuelle, ainsi que les opérations de fusion et de scission. Si le législateur s'est permis de citer de manière expresse les modalités occasionnant ce transfert d'entreprise, et donc ce changement d'employeur, il convient de retenir que

---

<sup>570</sup> Le préavis est la période pendant laquelle le contrat de travail continue de produire ses effets bien que l'une des parties ait notifié à l'autre sa décision de rompre le contrat. Son unique et essentiel rôle consiste à permettre au salarié licencié ou même démissionnaire de rechercher un nouvel emploi.

<sup>571</sup> L'article L. 122-12, aux termes d'une interprétation extensive de la jurisprudence s'applique aussi bien aux entreprises commerciales (V. Cass. soc., 11 mars 1964 : Bull. civ. IV, p.196) qu'industrielles (V. Cass. soc., 17 janvier 1979 : Bull. V, p. 31) qu'agricoles. Il faut préciser que la jurisprudence avait dans un premier temps refusé l'application de L. 122-12, anciennement article 23 du Code du travail, à l'entreprise agricole dans les rapports entre le fermier et le bailleur reprenant l'exploitation : Voir en ce sens Cass. soc., 10 avril 1959 : Bull. IV, n° 455, p. 376. Mais, aujourd'hui, cela n'est plus d'actualité puisque l'article 23, devenu L. 122-12, est désormais applicable à l'entreprise agricole : V. Cass. soc., 18 mars 1982, JCP 1982, IV, p. 194.



celles-ci ne sont pas pour autant limitatives. Aussi, au-delà des événements tels que la succession, la fusion et la vente, d'autres non cités tels que les mises en gérance libre successives ou les changements de concessionnaires sont, également, des facteurs constitutifs des conditions d'application de l'article L.122-12, alinéa 2 du Code de travail. Et cela, d'autant plus que les juges ont abandonné l'exigence d'un lien de droit entre les employeurs successifs<sup>572</sup>. En revanche, contrairement à l'apparence, la cession de droits sociaux, c'est-à-dire de parts sociales ou d'actions, à une personne morale ou physique n'est pas constitutive de modification juridique de l'identité de l'employeur<sup>573</sup>.

**357. Portée du transfert d'entreprise-** Une question, à notre avis, essentielle, mérite tout de même d'être posée : il s'agit de la portée de ce transfert, qui n'a malheureusement pas été définie par le législateur. Cette modification juridique, suppose-t-elle le seul transfert total de l'entreprise ? Ou bien, le simple transfert partiel suffit-il pour emporter l'application de l'article L.122-12, précité. Autrement dit, pour qu'il y ait continuation des contrats en cours, faut-il nécessairement qu'il y ait ou non transfert de la totalité de l'entreprise ?

Dès 1990, la Haute juridiction subordonnait l'effet translatif des contrats de travail, prévu par l'article L.122-12, au constat de la cession d'une « *entité économiquement*<sup>574</sup> *autonome conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise*<sup>575</sup> ». C'est dire que la préservation des contrats de travail, en conformité avec ledit texte, ne nécessite pas obligatoirement le transfert de la totalité de l'entreprise. C'est ce que confirme d'ailleurs la doctrine<sup>576</sup>. Le seul transfert d'une partie de celle-ci, d'un établissement ou d'une partie d'établissement, voire dans certaines hypothèses, d'une

---

<sup>572</sup> Faut-il rappeler qu'en 1986 la Haute juridiction avait introduit une nouvelle condition dans l'application de l'article L. 122-12. Elle exigeait avant tout qu'il soit démontré un lien de droit entre les employeurs successifs pour que la continuation des contrats de travail en cours puisse se faire, exigence qui a toujours été critiquée par certains auteurs. Aussi, cette exigence fut-elle abandonnée en 1990 au travers d'un arrêt remarqué de l'Assemblée plénière de la haute juridiction le 16 mars : Ass. plén., 16 mars 1990, Dr. Soc. 1990.399 et D. 1990.305, note LYON-CAEN A.

<sup>573</sup> En effet, en dépit de la cession d'actions ou de parts sociales, les salariés demeurent toujours attachés au même employeur.

<sup>574</sup> S'était dès lors posée la question de la définition de ce qu'est l'entité économique. Celle-ci, veut-elle dire un établissement ou une succursale de l'entreprise ? A cette question, le droit communautaire, notamment au travers de la directive du 28 juin 1998 (V. Directive du 28 juin 1998 qui a modifié celle du 14 février 1977) et la jurisprudence française ont apporté quelques éléments de réponse (V. par exemple Cass. Soc., 7 juillet 1998 : Dr. Soc. 1998.948). De leur examen, on peut retenir que l'existence d'une entité économique suppose la réunion de moyens susceptibles de permettre l'exercice d'une activité économique, que ces moyens soient corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers.

<sup>575</sup> Cass. ass. Plén., 16 mars 1990 : RJS 1990.199, note J. Deprez ; Dr. soc. 1990.399, concl. H DONTENWILLE, note G. COUTURIER et X. PRETOT ; D. 1990, p. 305.

<sup>576</sup> V. H. SINAY, « *Stabilité de l'emploi et transfert d'entreprise* » : JCP éd. G. 1961, I, 1647 ; F. Lefebvre, *social*, 2004, p. 2615, p. 293.

cession d'actifs, suffit à autoriser la continuation des contrats de travail en cours liés à la partie transférée. Pour la jurisprudence de la Cour de cassation, ce qui est important, c'est qu'il faut que la modification dans la situation juridique de l'employeur permette le transfert d'une « *entité économique autonome*<sup>577</sup> ». Celle-ci est entendue comme étant un ensemble organisé d'éléments permettant la poursuite de l'activité sociale transférée. On retrouve cette même analyse chez les juges communautaires qui relevaient, dans une affaire, que la reprise de deux apprentis et d'un salarié ainsi que du matériel qui y avaient été affectés, ne représente pas un cas de transfert d'une entité économique autonome. Que donc, il n'y a pas à appliquer la règle de continuation des contrats<sup>578</sup>. Toutefois, pour les magistrats, le transfert d'une entité économique ne peut autoriser l'application de l'article L.122-12, et donc la continuation des contrats de travail en cours, que lorsque cette entité conserve son identité. Autrement dit, lorsqu'il y reprise ou continuité de la même activité.

### C. Reprise ou continuité de l'activité sociale

**358. Maintien de l'activité économique : point de vue de la jurisprudence communautaire-** Dire que la modification dans la situation juridique de l'employeur suppose le transfert d'une entité économique autonome, doit nécessairement impliquer, pour les juges, une certaine reprise ou continuité de l'activité sociale. Cette perception est à la fois partagée par les juges communautaires et français. Pour la Cour de justice des communautés européennes, le critère essentiel qui permet de déterminer la réalité du transfert d'entreprise, au sens notamment de la directive du 14 février 1977, c'est celui du maintien de l'entité économique<sup>579</sup>. Or, celui-ci suppose la poursuite effective ou de la reprise par le nouvel employeur des mêmes activités économiques ou d'activités analogues<sup>580</sup>. C'est d'ailleurs ce qu'elle rappelait lorsqu'elle affirmait<sup>581</sup> que l'entité économique doit correspondre à un ensemble organisé d'éléments permettant la continuité des activités ou de certaines activités de l'entreprise transférée et ce, de manière stable.

<sup>577</sup> V. Cass. soc., 11 juin 2002 : RJS 8-9 n° 947 ; Cass. Ass. plén., 16 mars 1990 préc.

<sup>578</sup> V. CJCE, Plén. 19 septembre 1995 : J.C.P. éd. E, panor., n° 1270.

<sup>579</sup> V. en ce sens CJCE 14 avril 1994, J.C.P. éd. E 1994, I, 380, obs. P. ANTONMATTEI ; RJS 1994, p. 388, n° 630.

<sup>580</sup> V. CJCE 14 avril 1994, préc.

<sup>581</sup> V. CJCE 19 septembre 1995, J.C.P. éd. E 1995, panor. P. 1270.

**359. Maintien de l'activité économique : point de vue de la jurisprudence française**-Dans l'optique toujours de la sauvegarde de l'emploi, la jurisprudence française considère à son tour que les dispositions d'ordre public de l'article L.122-12 doivent recevoir application essentiellement dans les hypothèses où la même entreprise continue de fonctionner sous une direction nouvelle<sup>582</sup>. Autrement dit, et cela a d'ailleurs été maintes fois confirmé, la règle de la continuation résultant de l'article L.122-12 ne s'applique de plein droit qu'au cas de transfert d'une entité économique ayant conservé son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise<sup>583</sup>. Ceci nous permet de faire une remarque : c'est que malgré l'existence de contrats de travail en cours et du transfert de l'entreprise, il semble que cela ne soit pas suffisant pour emporter la continuation des contrats de travail en cause. L'application de la règle de continuation suppose qu'une autre condition soit remplie.

En effet, d'après une expression consacrée par les juges, la règle de continuation de l'article L.122-12 s'applique à tout transfert d'une « *entité économique dont l'activité est poursuivie ou reprise* »<sup>584</sup>. Cette formule consacrée, signifie ainsi que le seul transfert de l'entreprise est impuissant à ce que les contrats de travail en cours soient préservés, s'il n'est pas accompagné d'une continuité de l'activité de l'entreprise transférée<sup>585</sup>. La continuation des contrats en cours postule donc que la personne qui recueille l'entreprise poursuive la même activité ou à tout le moins une activité similaire qui permette en pratique le maintien des emplois<sup>586</sup>.

**360.** C'est d'ailleurs ce qu'ont rappelé les Cours d'appel de Douai<sup>587</sup> et d'Amiens<sup>588</sup> dans deux importants arrêts, confirmés par une décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Dans leur décision, les juges de Douai rappelaient que l'article L. 122-12, du Code du travail, « *devait recevoir application dans tous les cas où la même*

<sup>582</sup> V. Cass. soc., 19 février 1981 : Bull. civ. V, n° 152 ; Cass. soc., 19 janvier 1966 : Bull. civ. IV, n° 67.

<sup>583</sup> V. Cass. Ass. plén., 16 mars 1990 : D. 1990, p. 305, obs. A. LYON-CAEN ; Cass. soc., 17 mars 1988 : RJS 1989, p. 3, note DEPREZ.

<sup>584</sup> C'est au travers de trois arrêts rendus en assemblée plénière que la Haute juridiction a, le 16 mars 1990, précisé le critère de l'entité économique gardant son identité, et cela au double visa de la directive du 14 février et de l'article L. 122-12, du Code du travail : V. Dr. soc. 1990, concl. Dontenwille et notes G. COUTURIER et X. PRETOT ; RJS 4/90, p. 199, étude J. DEPREZ.

<sup>585</sup> V. Mémento F. LEFEBVRE *Social*, 2004, p. 292.

<sup>586</sup> La poursuite ou la reprise de l'activité sociale est indépendante d'une quelconque interruption temporaire. La jurisprudence a en effet jugé que l'interruption temporaire de l'activité n'est pas constitutive d'obstacle à la préservation des contrats de travail en cours du moment que c'est la même entreprise qui recommence à fonctionner. Voir en ce sens : Cass. soc., 23 mars 1994, n° 1510 : RJS 5/94 n° 525 ; Cass. soc., 28 mai 1997, n° 2326 : RJS 10/97 n° 1071.

<sup>587</sup> V. pour cela Cass. ass. Plén., 15 novembre 1985, Nova et Nettoitout : Dr. soc. 1986, p. 1, concl. G. Picca, note G. COUTURIER.

<sup>588</sup> V. pour cela Cass. ass. Plén., 15 novembre, préc.

*entreprise* continue à *fonctionner sous une direction nouvelle* ». C'est cette solution qui fut encore confirmée par le législateur communautaire dans une directive de 2001<sup>589</sup>. Et c'est ce que rappelait, encore récemment, la chambre sociale, lorsqu'elle affirmait que le transfert d'une entreprise ne peut emporter l'application de l'article L.122-12, et donc la poursuite des contrats de travail, que s'il s'accompagne du transfert d'une entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité est poursuivie<sup>590</sup>.

**361. Continuation des contrats de travail en cours-** Lorsqu'au terme de l'opération de fusion ou de scission, tous les critères qui viennent d'être précédemment exposés se trouvent réunis, on doit, en toute logique, tirer la conclusion qui s'impose. C'est bien sûr, et tout naturellement, le maintien de tous les contrats de travail en cours à l'actif de la société absorbée ou scindée. Aussi, la société bénéficiaire, nouvelle ou absorbante, sera-t-elle tenue de reprendre et continuer ces contrats liant la société contractante disparue à son personnel. Elle ne peut s'y opposer puisque l'article L. 122-12 est un texte d'ordre public. La continuation des contrats s'opérant de plein droit, la société bénéficiaire n'aura pas besoin d'aviser les salariés<sup>591</sup>.

**362. Continuation des contrats de travail dans l'hypothèse d'une scission-** Lorsque la société employant les salariés, au lieu de fusionner avec une autre ou de se faire absorber, décide de se scinder au profit de deux ou plusieurs sociétés, se poseront, dans ce cas, plusieurs questions. D'abord, la société qui se scinde peut-elle se permettre, de manière arbitraire, de répartir les salariés entre les sociétés auxquelles elle transmet son patrimoine ? Ou est-ce à celles-ci de choisir librement les salariés qui pourraient éventuellement leur être utiles ? À notre avis, il ne s'agira ni à l'une, ni aux autres de choisir les salariés dont les contrats sont destinés à se poursuivre, et cela, pour au moins une raison.

**363. Poursuite des contrats de travail conformément à la quote-part transmise-** En effet, conformément au principe de la transmission universelle du patrimoine, lorsqu'une société se scinde, elle transmet à chacune des sociétés bénéficiaires une quote-

---

<sup>589</sup> Il s'agit de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou parties d'établissement, dont l'article 1<sup>er</sup>, § 1 b dispose : « *est considéré comme transfert au sens de la présente directive, celui d'une entité économique maintenant son identité* » : V. JOCE n° 82 du 22 mars 2001, p. 19.

<sup>590</sup> V. Cass. soc., 7 mai 2003 : RJS 7/03 n° 852. Voir aussi dans ce sens Cass. soc., 4 octobre 1995 : J.C.P. éd. E 1995, panor., n° 1271.

<sup>591</sup> V. en ce sens Cass. soc., 17 avril 1985, n° 1580 cité dans le Mémento F. LEFEBVRE préc.

part de son patrimoine. Autrement dit, une partie de son activité. Le principe serait et devrait même être que chaque société bénéficiaire ne pourra récupérer que les contrats de travail en cours liés à la partie de l'activité sociale recueillie. Une société ne peut réclamer la poursuite de contrats à son profit, contrats qui seraient compris dans une quote-part transmise à une autre société. L'inverse serait totalement contraire au principe de la transmission universelle qui s'opère de manière automatique. Toutefois, rien ne peut empêcher, à notre avis, qu'un accord puisse intervenir entre les parties au sujet de certains contrats de travail. Une telle entente suppose bien sûr que ces sociétés bénéficiaires soient des sociétés préexistantes.

**364.** Au regard de la compétence du salarié et des tâches qui lui sont contractuellement confiées, les sociétés bénéficiaires préexistantes peuvent ainsi décider, dans la convention de scission, que tels contrats de travail vont être recueillis par telle société au lieu de telle autre. Il faut tout de même que préciser, qu'une telle option ne devrait être utilisée au mépris des droits des salariés concernés. Autrement dit, il ne faudrait pas qu'un tel accord serve de moyen pour amener le ou les salariés à se sentir mal à l'aise et les pousser, en conséquence, à démissionner. C'est dire qu'une telle option doit vraiment rester exceptionnelle.

Imaginons, cependant, qu'au terme d'une fusion ou scission, les conditions d'application de l'article L. 122-12 du Code du travail, ne se retrouvent pas réunies. Quid des contrats de travail en cours au sein de la société absorbée ?

## **§.2. Le sort des contrats de travail lorsque l'opération de fusion ou de scission ne satisfait pas aux conditions d'application de l'article L. 122-12 du Code du travail**

**365.** Il convient, avant de déterminer les effets de la continuation des contrats de travail, en cas de fusion et de scission **(II)**, d'exposer la poursuite de ces contrats dans l'hypothèse où les conditions d'application de l'article L. 122-12 ne se trouvent pas réunies **(I)**.

## **I. De la continuation des contrats de travail dans l'hypothèse d'un défaut de continuité ou de reprise de l'activité de la société dissoute sans liquidation**

**366. Absence de transfert d'entreprise et de maintien d'activité-** Une société peut s'intéresser à une autre, non pas pour son activité, mais, éventuellement, pour certains de ses éléments d'actif<sup>592</sup>. Dès lors, après l'avoir absorbée elle peut, le cas échéant, désagréger le patrimoine recueilli. Ce faisant, la société bénéficiaire, c'est-à-dire absorbante, ne pourra pas dès l'abord réunir les deux derniers critères d'application de l'article L. 122-12 précité. Autrement dit, si on ne peut contester la réalité des contrats de travail en cours, en revanche, on ne saurait en dire autant des autres conditions. En effet, du fait que le patrimoine reçu, aux termes de la fusion ou scission, a été complètement décomposé, il n'y aura ni transfert d'entreprise, encore moins continuité d'activité. Prenons le cas, par exemple, d'une entreprise A qui convoite B uniquement pour son personnel cadre hautement qualifié. L'activité de B ne l'intéressant nullement, après l'avoir absorbée, elle peut tout à fait se séparer les éléments d'actif de B et les vendre puisque seul son personnel cadre l'intéresse. Il est évident qu'une telle circonstance ne permettra de remplir les conditions d'application de L. 122-12. Dès lors, qu'en sera-t-il du sort des contrats de travail en cours ?

**367. Dangers des conditions jurisprudentielles d'application de L. 122-12-** En se conformant à l'analyse des juges, lorsqu'il y a défaut des conditions permettant l'application de l'article L. 122-12, les contrats de travail en cours à l'actif de la société absorbée ne sauraient être maintenus et poursuivis. C'est dire que l'absence d'un transfert d'entreprise et du maintien d'activité empêcheront la continuation des contrats de travail à l'actif de la société absorbée ou scindée, alors même que ces contrats sont, en l'occurrence, en cours. Nous admettons volontiers que cette perception jurisprudentielle se veut, certes, favorable à l'intérêt des salariés, en exigeant notamment la reprise et la poursuite de la même activité. Il n'en demeure pas moins, cependant, qu'elle va de façon indubitable tant contre la lettre que l'esprit de l'article L. 122-12. Celui-ci n'ayant manifestement visé que les changements intervenus dans la situation juridique d'un employeur et non les successions d'employeurs totalement distincts. Adopter l'analyse jurisprudentielle, serait

---

<sup>592</sup> Il peut éventuellement s'agir soit de son patrimoine immobilier, soit de ses machines ou encore de certains de ses cadres hautement qualifiés.

certainement aller à l'encontre des intérêts des salariés et comporte, par voie de conséquence, des dangers évidents. Car, toutes les fois qu'il n'y aurait pas, de la part de la société bénéficiaire une continuité d'activité, les contrats en cours ne sauront être continués. Ce qui n'est pas favorable aux intérêts des salariés. Ceci peut même déboucher sur une certaine fraude. La société bénéficiaire ou même cessionnaire qui souhaiterait, par exemple, ne pas continuer les contrats de travail en cours, peut être amenée à ne pas continuer l'activité sociale. Ce qui lui permettra ainsi de ne pas reprendre les salariés de l'entreprise recueillie. Contestables dans le cadre de la cession d'entreprise, ces conditions de continuation du contrat de travail le sont beaucoup plus dans celui des fusions et des scissions.

**368. Continuation des contrats de travail en cours en dépit de l'absence de transfert d'entreprise et de maintien d'activité-** L'analyse jurisprudentielle ne peut, à notre avis, recevoir application dans le cadre d'une fusion ou scission. Car, dire qu'il faut que la même activité soit poursuivie traduit que si tel n'est pas le cas, les contrats en cours ne pourront pas être continués puisque L.122-12 sera exclu, disposition qui vise expressément le cas des fusions. Ainsi par exemple, lorsqu'il y a des changements importants dans les méthodes de fabrication ou d'exploitation de la société absorbée, cela pourra déboucher à écarter l'application dudit texte.

Rien de tout ceci n'est requis en droit des fusions et des scissions. Si l'article L. 122-12 ne peut recevoir application, au regard des juges, puisque toutes les conditions de son application ne sont pas remplies, on ne peut pas en dire autant de l'application de l'article L. 236-3 du Code de commerce, c'est-à-dire du principe de la transmission universelle du patrimoine.

**369. Continuation des contrats de travail en cours conformément au principe de la transmission universelle du patrimoine-** En cas de fusion d'une société, la seule véritable condition qui est exigée consiste en ce que les contrats de travail doivent être en cours, au jour de la réalisation définitive de l'opération. Dès lors qu'il existerait des contrats de travail non encore éteints, la transmission universelle de patrimoine, résultant de l'article L. 236-3 du Code de commerce, conduit de plein droit à la continuation desdits contrats. La société bénéficiaire, nouvelle ou absorbante, se trouve tenue d'exécuter les obligations contractuelles figurant dans le patrimoine recueilli. Autrement dit, la

continuation des contrats de travail en cours est opposable de plein droit à la société bénéficiaire et ce, peu importe que ce soit la même activité ou non. Et d'ailleurs, comme nous l'avions déjà dit, l'article L. 122-12 lui-même ne requiert pas expressément, pour son application, que la même activité soit poursuivie ou reprise. Pour reprendre les termes mêmes de ce texte, il suffit que les contrats soient en cours lorsque survient la modification juridique, en l'occurrence l'opération de fusion. Ceci permet de relever une certaine identité de la règle de la continuation que consacrent les articles L. 236-3 et L. 122-12, respectivement des Codes du commerce et du travail. Cette même identité se retrouve également au niveau du régime juridique de la continuation des contrats de travail.

## **II. Les effets de la continuation des contrats de travail à l'occasion d'une fusion et d'une scission**

**370.** La fusion et la scission ayant pour conséquence d'emporter la continuation des contrats de travail de la société absorbée, il serait intéressant de se demander si cela est censé s'appliquer ou non à tous les contrats de travail **(A)**. Nous interrogerons, en second lieu, de savoir s'il est possible, aux parties d'éluder le principe du maintien des contrats, du seul fait de la réalisation de l'opération de fusion ou de scission : c'est poser la question de la force obligatoire du maintien des contrats de travail **(B)**. Enfin, l'analyse du régime juridique de la poursuite des contrats de travail ne sera complète sans l'examen des dettes nées de l'exécution desdits contrats **(C)**.

### **A. La généralisation de la continuation quant aux contrats de travail figurant dans le patrimoine de la société absorbée**

**371. Opposabilité de la règle de la continuation à tous les contrats de travail-**  
Le caractère général de la règle de la continuation fait qu'elle ne s'impose pas qu'uniquement aux seuls contrats de travail à durée indéterminée, conclus par la société absorbée. Cette continuation est aussi opposable tant aux contrats à durée déterminée qu'à



d'autres types de contrats tels que les contrats de professionnalisation<sup>593</sup> ou les contrats des apprentis<sup>594</sup>. Cette absence de « *discrimination* » de la part de la règle de la continuation justifie que tous les contrats de travail en cours d'exécution au jour de la réalisation de la fusion ou scission soient, par principe, susceptibles de continuation. Ceci permet de déduire, dès lors, que le simple fait qu'un contrat de travail soit suspendu ne sera nullement constitutif de cause de sa rupture ou de sa caducité.

**372. Préservation des avantages résultant du contrat de travail-** Cette continuation automatique de l'ensemble des contrats de travail en cours présente, de plus, des avantages pour les salariés. En conformité avec l'article L. 122-12 et du principe de la transmission universelle du patrimoine, tous les contrats en cours sont préservés dans les conditions mêmes où ils étaient exécutés à la date du changement d'employeur<sup>595</sup>. Ceci implique, par conséquent, que les salariés conserveront à la fois leur rémunération<sup>596</sup> que leur qualification<sup>597</sup> ainsi que les autres conditions stipulées dans leur contrat. De plus, cela implique qu'ils garderont le bénéfice de l'ancienneté acquise lorsqu'ils étaient au service de la société absorbée ou scindée<sup>598</sup>.

Si la continuation des contrats de travail emporte la préservation des droits acquis par les salariés<sup>599</sup>, elle préserve aussi les obligations dont ils sont débiteurs. Par exemple, la clause de non-concurrence stipulée en faveur de la société absorbée profitera automatiquement à la société absorbante, qui pourra l'invoquer à l'égard des salariés concernés<sup>600</sup>. Corrélativement, elle disposera des mêmes pouvoirs, en l'occurrence les pouvoirs réglementaire<sup>601</sup> et disciplinaire<sup>602</sup>. Ainsi, le principe de la transmission

---

<sup>593</sup> Ce nouveau type de contrat est né de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle. Ce est venu remplacer trois autres contrats qui sont les contrats de qualification, d'adaptation et d'orientation. Le contrat de professionnalisation s'adresse à la fois aux jeunes âgés de 16 à 25 ans révolus, ainsi qu'aux demandeurs d'emploi de 26 ans et plus. Elle permet d'acquérir une formation professionnelle théorique et pratique susceptible de favoriser leur insertion ou leur insertion professionnelle.

<sup>594</sup> V. C. trav., art. L. 117-18.

<sup>595</sup> V. en ce sens Cass. soc., 24 janvier 1990, Bull. V, n° 23.

<sup>596</sup> V. en ce sens Cass. soc., 31 mai 1978 : Bull. civ. V, n° 409.

<sup>597</sup> V. dans ce sens Cass. soc., 5 janvier 1967 : Bull. civ. IV, n° 7.

<sup>598</sup> V. dans ce sens Cass. soc., 12 mars 1987 : Bull. civ. V, n° 139.

<sup>599</sup> Le maintien des contrats de travail aux conditions dans lesquelles ils étaient conclu n'empêche pas, pour autant, qu'ils soient ultérieurement modifiés. Interrogée sur cette question, la Cour de justice des communautés européennes a admis cette possibilité. Selon elle, l'article 3 de la directive du 14 février 1977 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une modification des contrats de travail en cours, dès lors que cela est prévu et organisé par le droit de l'Etat dans lequel s'effectue l'opération de transfert : V. CJCE, 12 novembre 1992, cité par P.-H. ANTONMATTEI, art. préc., p. 373.

<sup>600</sup> V. en ce sens Cass. soc., 15 octobre 1997 : Dr. soc. 1997.1095, obs. MAZEAUD A.

<sup>601</sup> En vertu de ce pouvoir réglementaire, le nouvel employeur peut, au même titre que le précédent employeur, prendre toutes les dispositions nécessaires à veiller à la bonne marche de son entreprise, c'est évidemment évoquer le règlement intérieur.

universelle ne constitue pas en soi une cause de modification automatique ni du terme du contrat de travail, ni de son contenu, encore moins de sa force obligatoire.

## **B. De la force obligatoire de la continuation des contrats de travail**

**374. Fondement du caractère bilatéral de la continuation des contrats de travail-** La discussion portera, en l'espèce, sur l'interprétation du sens de la continuation. Celle-ci, est-elle censé ou non s'imposer aux deux parties ? Il est évident que la poursuite du contrat de travail s'impose à la fois au salarié et à la société absorbante. Cette solution trouve, d'abord, son premier fondement dans l'article 1134 du Code civil. La force obligatoire du contrat de travail fait que ni la société absorbante, continuatrice de la société absorbée, ni le salarié ne sauront se soustraire à leurs obligations contractuelles du seul fait de la réalisation de la fusion ou de la scission qui, de surcroît, emportent transfert universel du patrimoine social. En outre au-delà de la force obligatoire du contrat et du principe de la transmission universelle, un autre facteur justifie que la poursuite du contrat de travail s'impose aux deux parties<sup>603</sup>. Il s'agit du fait que l'article L.122-12 est un texte d'ordre public. Il s'impose aux parties dès lors que ses conditions d'application sont remplies. En d'autres termes, s'il s'impose à la société absorbante, une simple information du salarié suffit pour que se poursuive la relation de travail.

C'est ce caractère impératif d'ailleurs que relevait la Cour de cassation lorsqu'elle affirmait que « *l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail s'impose indépendamment de la volonté des parties y compris s'il s'agit du salarié* »<sup>604</sup>. C'est dire que le salarié ne peut prétendre exercer un droit d'option quant à la continuation ou non de son contrat, du seul fait de l'opération de transfert d'entreprise (1). L'employeur, non plus, ne saurait invoquer, par principe, la fusion ou scission, pour procéder à des licenciements (2).

### **1°. Du droit d'opposition du salarié à la continuation de son contrat de travail en cas de fusion et de scission**

---

<sup>602</sup> Parler de pouvoir réglementaire, c'est parler de la possibilité offerte à l'employeur de prendre des mesures pour sanctionner tous les salariés contrevenant aux dispositions réglementaires régissant le fonctionnement de l'entreprise.

<sup>603</sup> V. Cass. soc., 29 mai 1985, n° 2028 et Cass. soc., 26 septembre 1990, n° 3287 cités dans Mémento F. Lefebvre préc.

<sup>604</sup> V. en ce sens Cass. soc., 28 juin 2000 : Juris-Data n° 2000-002708.

**375. De l'idée d'un droit d'opposition au profit du salarié-** Il existe, en Allemagne, une jurisprudence constante selon laquelle le transfert d'entreprise, même s'il emporte, par principe, transfert des contrats de travail en cours, il ne saurait pour autant empêcher au salarié, qui le souhaite, de s'opposer au transfert de son propre contrat de travail<sup>605</sup>. Ce droit d'opposition est si ancré dans les mœurs de ce pays que le législateur a fini par l'officialiser par une loi du 23 mars 2002, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril de la même année. Cette loi a ajouté, au § 613a du Code civil allemand (le BGB) deux nouveaux alinéas, en l'occurrence 5 et 6<sup>606</sup>.

**376. Origine du droit d'opposition-** Cette faculté d'option, au profit du salarié, a été en fait déduite, par les juges allemands, des droits fondamentaux consacrés par la loi fondamentale. Les articles 1<sup>er</sup> et 12 de celle-ci traitent successivement de la « *dignité de la personne humaine* » et du « *libre choix de son emploi* » par l'individu<sup>607</sup>. En conformité avec ceux-ci, la Cour fédérale de travail était arrivée à la conclusion que transférer le contrat d'un salarié, contre sa volonté, au profit d'une autre entreprise serait contraire aux droits de l'individu précédemment cités. Elle considère, en outre, qu'un tel transfert est constitutif d'une violation du caractère *intuitus personae* du contrat de travail. Par conséquent, serait-il fondamental, semble-t-il, que le salarié puisse refuser le transfert de son contrat de travail, lorsqu'il le juge utile, lors du transfert de son entreprise.

**377. Reconnaissance par la jurisprudence européenne du droit d'opposition du salarié-** Saisie de cette question par la Cour fédérale de travail allemande, la Cour de justice des communautés européennes, après avoir refusé dans un premier temps<sup>608</sup>, finit par admettre la compatibilité de ce droit « *d'option négatif*<sup>609</sup> » avec le droit européen, le 16 décembre 1992<sup>610</sup>, analyse qu'elle confirmera dans un autre arrêt, le 24 janvier 2002<sup>611</sup>. Selon la Cour européenne, la directive européenne du 14 février 1977 « *ne saurait être interprétée comme obligeant le travailleur à poursuivre la relation de travail avec le*

---

<sup>605</sup> V. Y. VIALA, *Le maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise en droit allemand* : Dr. social n° 2-février 2005, p. 208.

<sup>606</sup> Selon cet alinéa 6 § 613 du BGB « *le salarié peut dans le délai d'un mois à partir de la réception de l'information prévue à l'alinéa 5, s'opposer par écrit au transfert de son contrat de travail. L'opposition peut être effectuée auprès de l'ancien comme du nouvel employeur* ».

<sup>607</sup> V. art. préc. de Y. VIALA, *idem*.

<sup>608</sup> V. CJCE, 5 mai 1988 : Rec. 1988, p. 2559 cité par Y. VIALA, art. préc., p. 208.

<sup>609</sup> Il s'agit de l'autre qualification du droit d'opposition.

<sup>610</sup> V. CJCE, 16 décembre 1992 : J.C.P. éd. E 1993, I, 266, p. 370, note P.-H. ANTONMATTEI.

<sup>611</sup> Cf. CJCE, 24 janvier 2002, aff. Temco : RJS 4/2002, n° 511, note N. MOIZARD, cité par Y. VIALA, *op. cit.*, p. 208.

cessionnaire ». Elle estime qu'obliger le salarié à poursuivre son contrat de travail avec le bénéficiaire de l'entreprise, serait de nature à mettre « *en cause les droits fondamentaux du travailleur pour un employeur qu'il n'a pas librement choisi* ». Ce faisant, la Cour de justice entérine, d'une manière on ne peut plus claire, la jurisprudence de la Cour fédérale du travail allemande. Il s'est, dès lors, installé, en France, un débat sur la question de la compatibilité de ce droit d'opposition au droit français<sup>612</sup>.

**378. De l'incompatibilité du droit d'opposition du salarié avec le droit français-** Sans vouloir rentrer dans les débats doctrinaux, il convient de préciser que le droit pour le salarié de s'opposer au transfert de son contrat de travail, du seul fait de l'opération de transfert d'entreprise est, par essence, incompatible avec le droit des fusions et scissions. L'opération de changement d'employeur étant neutre, le contrat de travail subsiste, par principe. On peut, à ce titre, citer cette analyse très pertinente d'auteurs qui relevaient qu'« *en droit français, le principe du maintien du contrat en cas de transfert d'entreprise est opposable au salarié*<sup>613</sup> ». Ces mêmes auteurs de continuer, « *celui-ci (c'est-à-dire le salarié) ne dispose pas de l'option de considérer que le changement constitue une modification du contrat* ». Par conséquent, la seule option qui lui reste, c'est la démission.

**379. L'absence légale d'un droit d'opposition au profit du salarié-** Lorsqu'on y regarde de près, il n'y a aucune trace d'un droit d'opposition qui soit reconnu au salarié, qui lui permettrait de refuser la continuation de son contrat de travail, ni dans l'article L.122-12 et encore moins dans l'article L.236-3, précités. Rappelons que cette continuation des contrats de travail se caractérise par sa bilatéralité<sup>614</sup>. Si le droit allemand reconnaît l'existence, au profit du salarié, d'un droit d'opposition, rien de tel n'est prévu en droit français, puisqu'en dehors de conventions entre les parties, la seule solution offerte au salarié reste et demeure la démission. D'ailleurs, la Cour de cassation vient de, récemment, mettre un terme à ce débat doctrinal, en affirmant de manière solennelle l'incompatibilité

---

<sup>612</sup> V. notamment P. REMY, *Quelle signification donner au droit d'opposition du salarié au transfert de son contrat de travail ?* : Dr. social n° 2-février 2004, p. 155 ; J.-Ph. LHERNOULD, *Etat des relations entre le droit communautaire et le Code du travail* : RJS 10/02, p. 799 ; A. MAZEAUD, *Sort des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise : vers une réécriture des articles L.122-12 et L.122-12-1 du Code du travail ?* : D. 1998, chr., p. 106.

<sup>613</sup> V. F. GAUDU et R. VATINET, *Traité des contrats, Les contrats du travail*, L.G.D.J., 2001, p. 301, n° 396.

<sup>614</sup> V. supra n° 35 et s.

d'un quelconque droit d'option au profit du salarié<sup>615</sup>. En conséquence, la Haute juridiction réaffirme le caractère opposable de la poursuite des contrats de travail tant au salarié qu'à l'employeur, c'est-à-dire la société absorbante ou nouvelle qui se voit, dès lors, interdire de licencier au seul motif de l'opération de fusion ou de scission.

## **2°. L'influence de la fusion et scission sur le droit de licenciement de l'employeur**

**380. Interdiction de licenciement-** L'obligation de continuer les contrats de travail en cours par le bénéficiaire de la transmission universelle a pour corollaire nécessaire, l'absence de possibilité de licenciement pour seul motif tiré du transfert ou de la continuité d'entreprise. La fusion et la scission n'étant pas, par principe, constitutives de cause de caducité des contrats, d'une manière générale, la société bénéficiaire ne peut pas les instrumentaliser pour se débarrasser d'une partie de son personnel. À moins de vider la règle de la continuation de son sens véritable, l'employeur, c'est-à-dire la société absorbante ou nouvelle, ne pourrait, par conséquent, du seul fait de la réalisation de l'opération de fusion ou de scission mettre fin aux contrats. L'obligation de ne pas licencier s'impose aussi à l'ancien employeur<sup>616</sup>. Dispenser l'ancien employeur de cette obligation, créerait à coup sûr une possibilité de collusion frauduleuse entre les employeurs successifs. Le « *nouvel* » employeur pouvant, dans ces conditions, demander à l'ancien de licencier les salariés qu'il ne souhaiterait pas reprendre. Ce qui lui permettrait de contourner l'obligation légale de continuation, en brisant du coup la protection que le législateur voulait apporter aux salariés.

**381. Limite au principe d'interdiction de licenciement-** Il faut, toutefois, souligner, que le principe de la survie des contrats de travail n'est, en aucune manière, exclusive de la possibilité pour l'employeur, la société bénéficiaire en l'occurrence, de procéder, à l'occasion de l'opération de fusion ou de scission, à des licenciements.

---

<sup>615</sup> V. Cass. soc., 14 décembre 2004 : Bull. civ. IV, n° 244. Ce principe, à notre avis, ne fait obstacle à la clause dite de « conscience » que l'on retrouve dans certains contrats de travail. En vertu de cette clause, qui concerne en particulier les employés de haut niveau, le salarié pourrait refuser la continuation de son contrat en cas d'éventuels changements d'orientation ou de politique de l'entreprise. Ce qui arrive souvent à l'issue d'opérations de restructuration. Ce genre de clause sert de protection à de telle catégorie de salariés. A titre illustratif, on peut relever un cas prévu par le législateur : il s'agit de l'article L. 761-7 du Code du travail.

<sup>616</sup> C'est-à-dire au cédant, dans le cadre de la cession d'entreprise, et la société qui disparaît, dans le cadre de la fusion ou de la scission.

L'opération de transmission universelle de patrimoine n'a pas pour effet de dépouiller l'employeur<sup>617</sup>, c'est-à-dire la société absorbante ou nouvelle, de ses pouvoirs directionnel et disciplinaire. Une précision s'impose tout de même car, cette possibilité laissée à la société absorbante ou nouvelle est soumise à un contrôle judiciaire. Autrement dit, la possibilité pour elle de licencier doit satisfaire à l'exigence d'une cause légitime, réelle et sérieuse. Par, exemple, après l'opération de fusion ou de scission, le nouvel employeur peut vouloir procéder à des réorganisations. Il peut, notamment, arriver que la société absorbante soit amenée à procéder à des aménagements structurels susceptibles de modifier certains contrats de travail. Les employés qui seront concernés, peuvent s'opposer à l'offre de modification si celle-ci ne porte pas simplement sur leurs conditions de travail<sup>618</sup>. Ce qui autorisera la société absorbante à mettre en marche la procédure du licenciement pour motif économique, sans être pour autant abusive.

**382. Licenciements préalables à l'opération de fusion et de scission-** Nous soulignons, précédemment, qu'au même titre que la société absorbante, la société absorbée, non plus, ne saurait tirer argument de l'opération de fusion pour supprimer des emplois. Cette mesure est, en réalité, destinée à protéger les salariés d'une éventuelle collusion frauduleuse entre les sociétés participantes. Il faut, toutefois, préciser que les licenciements préalables à la fusion ou scission ne sont pas en eux-mêmes contraires ni à l'article L. 236-3 du Code de commerce, ni à celui L. 122-12 du Code du travail, dès lors qu'ils sont conformes au droit commun. Ils ne peuvent, tout simplement, être requis par la société absorbante de la société absorbée, souhaitant alléger les effectifs et en faire une condition suspensive de la fusion ou de la scission<sup>619</sup>. Une telle requête enlèverait toute légitimité à la cause du licenciement<sup>620</sup>.

<sup>617</sup> Il convient de préciser que le licenciement préalable à l'opération de fusion ou de scission n'est en soi contraire ni à l'article L. 122-12, du Code du travail, ni à l'article L. 236-3, du Code de commerce, dès lors qu'il est conforme au droit commun. En outre, il ne doit pas être « commandité » par la société absorbante.

<sup>618</sup> Désormais, selon le législateur, la sauvegarde de la compétitivité ne peut plus servir de cause économique de licenciement. Il convient d'ailleurs de préciser que le projet de loi de programmation sur la cohésion sociale a mis fin à la polémique sur la définition du motif économique en ne prenant plus en compte « la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise » que le gouvernement Raffarin a voulu faire passer, à la demande des chefs d'entreprise. En effet, l'avant-projet de loi relatif au licenciement économique prévoyait de modifier la définition du motif économique en intégrant notamment la jurisprudence sur la réorganisation de la compétitivité. Rappelons tout de même que ce motif est déjà admis par la jurisprudence. Au début des années 1990, la Haute juridiction avait jugé qu'une réorganisation pouvait constituer un motif économique de rupture du contrat de travail sous réserve qu'elle ait été décidée dans l'intérêt de l'entreprise (V. Cass. soc., 1<sup>er</sup> avril 1992 : Bull. civ. V, n° 223). Elle a ensuite retenu un critère plus strict, en l'occurrence celui de « la sauvegarde de la compétitivité » (V. Cass. soc., 5 avril 1995 : Bull. civ. V, n° 123), critère que le législateur refuse d'intégrer dans les causes de licenciement pour motif économique.

<sup>619</sup> V. notamment Cass. soc., 17 juillet 1990 : RJS 8-9/90, n° 650.

<sup>620</sup> Voir en sens Cass. soc., 5 avril 1995, RJS 1995, n° 5, comm. 497 ; Cass. soc., 27 juin 1995, RJS 1995, n° 2934.

### C. Du sort des dettes nées des contrats de travail continués

**383. Dettes antérieures à la continuation-** Le maintien des contrats de travail de la société dissoute sans liquidation par la société bénéficiaire pose, dans une certaine mesure, la question du sort des dettes nées dans les rapports du personnel avec leur employeur. Il s'agit tout particulièrement des dettes antérieures à l'opération de fusion ou de scission. Lorsqu'une telle hypothèse se pose, il est sans conteste que la société bénéficiaire demeure tenue de toutes les dettes rattachées aux contrats recueillis. Le fondement de cette obligation réside dans le principe même de la transmission universelle, qui implique que la réception de l'actif suppose la prise en charge du passif correspondant. Cette solution<sup>621</sup> est, en toutes hypothèses, conforme à la notion du patrimoine. Elle est, en outre, confirmée, par l'article L. 122-12-1, alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail, aux termes duquel il est dit que « ...le nouvel employeur est en outre tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, des obligations qui incombait à l'ancien employeur à la date de cette modification ».

**384. Sort des dettes dans le cadre d'une scission-** On sait en effet que l'opération de scission, contrairement à celle de la fusion, lorsqu'elle se réalise, entraîne transmission universelle de patrimoine à au moins deux sociétés. Dans de telles circonstances, se pose la question de savoir à qui les salariés dont les contrats sont continués et qui ont des dettes nées antérieurement à l'opération de scission pourront s'adresser pour être payés. Est-ce à la société bénéficiaire à laquelle ils sont désormais rattachés ou à l'autre société bénéficiaire qui a reçu une partie de la société dissoute ? Lesdits salariés peuvent être tentés de s'adresser à l'autre société bénéficiaire sous prétexte qu'elle aurait reçu une partie de la société dissoute à laquelle ils étaient auparavant attachés. Et cette démarche ne peut, *a priori*, paraître absurde, surtout si l'on procède à une certaine lecture de l'article L. 236-20 du Code de commerce. En vertu de ce texte, « les sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission sont débitrices solidaires des obligataires et des **créanciers non obligataires** de la société scindées, au lieu et place de celle-ci, sans que cette substitution

---

<sup>621</sup> L'hésitation est cependant permise lorsque la société absorbée est une entreprise en difficulté.

*emporte novation à leur égard* ». Ceci voudrait dire, par conséquent, que les salariés peuvent indifféremment s'adresser à l'une ou l'autre des sociétés bénéficiaires du patrimoine de la société scindée. En instaurant un tel recours, il est évident que le législateur voudrait offrir, aux créanciers de la société scindée, dont les salariés en font parties, une garantie certaine de recouvrer leurs droits. Rien n'empêche, cependant, à ce qu'il soit stipulé dans la convention de scission que chacune des sociétés bénéficiaires ne sera tenue que de la partie du passif mise à sa charge, et cela, sans aucune solidarité entre elles<sup>622</sup>.

### **§.3. Le sort des conventions<sup>623</sup> ou accords<sup>624</sup> collectifs aux termes d'une opération de fusion ou de scission**

**385. De l'idée du sort des conventions collectives-** Si la question des effets d'une opération de fusion ou de scission sur les contrats de travail mérite certainement d'être posée, celle des conventions ou accords collectifs n'en présente pas moins d'intérêt. Certes, il est permis de constater que l'article L. 122-12, du Code du travail est sans application en ce qui concerne les droits que les salariés tiennent des conventions ou accords collectifs. Car, comme le révèlent très justement certains auteurs, le texte précédemment cité « *n'impose que le maintien des contrats individuels et nullement le maintien des autres droits qui résulteraient d'un accord collectif*<sup>625</sup> ». Pour autant on ne saurait étudier, d'une manière pleine et entière, l'influence d'une opération de fusion ou de scission sur le statut des salariés en oubliant de prendre en compte de ce qu'il adviendra aux conventions ou accords collectifs de la ou des sociétés mises en cause. C'est pourquoi, il conviendrait de se demander si ceux-ci vont, par principe, continuer de s'appliquer aux salariés dont les contrats sont continués par la société absorbante ou nouvelle ou si, au

---

<sup>622</sup> V. C. com., art. L. 236-21, al.1<sup>er</sup>.

<sup>623</sup> Selon un auteur « *les conventions et accords collectifs de travail constituent des actes conclus entre, d'une part, un employeur ou un groupe d'employeurs et, d'autre part, un ou plusieurs syndicats représentatifs de salariés permettant de fixer des règles relatives aux conditions d'emploi et de travail et aux garanties sociales des salariés au niveau d'une branche d'activité, au niveau interprofessionnel, au niveau d'une entreprise, d'un établissement ou d'un groupe d'établissements* » : V. P.-H. ANTONMATTEI, *Les conventions et accords collectifs de travail*, Dalloz, 1996, p. 1.

<sup>624</sup> L'accord collectif se distingue de la convention collective en ce sens qu'il ne traite que de quelques questions spécifiques.

<sup>625</sup> V. Cass. com., 7 juin 1967, Bull. civ. IV, n° 378 cité par J.-P. BERTREL et M. JEANTIN in « *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales* », 2<sup>e</sup> éd., Litec, 1991, p. 434.



contraire, c'est la convention collective applicable au sein de la société bénéficiaire qui s'appliquera désormais à ces salariés ?

Pour une meilleure lisibilité de l'analyse, il conviendrait d'examiner le sort de ces conventions ou accords collectifs au regard des deux variétés de fusion et de scission que consacre le droit des sociétés. À cet effet, nous examinerons le sort des conventions collectives à la fois dans le cadre des fusions et scissions entraînant création d'une personne morale nouvelle (I) et dans celui des fusions ou scissions par absorption (II).

### **I. Du sort des conventions ou accords collectifs<sup>626</sup> dans l'hypothèse d'une fusion ou scission entraînant création d'une société nouvelle**

**386. Cas de la scission entraînant création de sociétés nouvelles-** Lorsque l'opération de scission se termine par la création de deux ou plusieurs sociétés nouvelles, il n'y a pas de doute, en principe, sur le sort de la convention ou de l'accord collectif applicable au sein de la société scindée. Certes, celle-ci se trouve affectée par l'opération puisqu'elle disparaît. Mais, pour autant cette disparition ne saurait, à notre avis, entraîner celle de la convention collective, et ce, pour au moins deux raisons. D'abord, il faut rappeler que la société dite nouvelle n'est autre chose qu'une partie de la société scindée. Par conséquent, l'opération de scission ne pourrait impliquer disparition immédiate de la convention ou de l'accord collectif.

**387. Continuation de la convention collective-** Ensuite, le principe de continuation résultant de la scission implique, par principe, le transfert de tous les droits et obligations de la société scindée, dont la convention, au profit des sociétés bénéficiaires. En outre, l'article L. 132-8, alinéa 7, du Code du travail postule une telle solution. Conformément à ce texte, lorsque l'application d'une convention ou d'un accord collectif est mise en cause dans une entreprise du fait notamment d'une scission, ladite convention ou ledit accord continue de plein droit à produire effet. Ce qui paraît tout de même logique. Il est en effet normal que la même convention, qui était antérieurement applicable au sein

---

<sup>626</sup> Dans les développements nous utiliserons uniquement l'expression de « convention collective », tout en précisant que la solution dégagée s'applique à la fois aux conventions collectives qu'aux accords collectifs.

de la société qui s'est scindée, continue au profit des mêmes salariés qui se retrouvent au sein de chacune des sociétés nouvelles bénéficiaires. Les conditions de travail, le salaire, les garanties sociales ainsi que les qualifications ayant été déterminées par cette convention collective, il serait aberrant qu'elle disparaisse du seul fait de l'opération. Par conséquent, la même convention continuera de s'appliquer aux salariés des sociétés bénéficiaires. Il est dit aux termes de l'alinéa 7, de l'article L. 132-8 du Code du travail, que si l'application d'une convention collective est mise en cause au sein d'une société pour cause notamment de fusion ou de scission, ladite convention continuera de produire effet. Cependant, l'alinéa 3 du même article limite la continuation de la convention collective à une durée précise, en l'occurrence un an, à laquelle il faudra ajouter les trois mois de préavis qui commencent à courir à partir de la date définitive de l'opération. Cette solution paraît d'autant plus logique qu'en droit commun l'opération de scission n'est pas, par principe, constitutive d'un cas de caducité ou de résiliation des conventions. Toutefois, si, par principe, c'est la même convention collective qui doit continuer de produire effet, rien n'empêchera, en revanche, aux parties de la dénoncer et de renégocier une nouvelle convention ou encore d'adapter ses dispositions à l'entreprise bénéficiaire. Tout ceci, bien sûr, dans le strict respect de la réglementation en vigueur en la matière<sup>627</sup>.

**388. Hypothèse de la fusion entraînant création d'une société nouvelle-** Si au lieu de se scinder, deux sociétés décident de fusionner pour créer une société nouvelle, la même question, consistant à définir la convention ou l'accord collectif applicable au sein de la société bénéficiaire, se posera également. Si aucune des sociétés fusionnées n'était auparavant dotée de convention ou d'accord collectif, la question précédemment posée ne sera pas d'une importance particulière. Car, dans ce cas soit la société bénéficiaire continue à son tour de fonctionner sans convention collective, soit qu'une convention collective nouvelle est négociée et mise en place. En revanche, elle le sera dès lors que soit dans chacune de ces sociétés il existe une convention ou un accord collectif, soit qu'une seule d'entre elles en était dotée. De plus, quid de l'hypothèse où les deux sociétés qui fusionnent relèvent de deux conventions ou accords collectifs différents ? C'est notamment le cas lorsque les deux sociétés exercent deux activités différentes.

**389. Principe de la survie provisoire des conventions et accords antérieurs-** Lorsque deux sociétés qui fusionnent relèvent de deux conventions ou accords collectifs

---

<sup>627</sup> V. C. trav., art. L. 132-8 et L. 132-10.

complètement différents, la loi<sup>628</sup> organise dans ce cas la survie provisoire des conventions et accords dont bénéficiaient les salariés antérieurement à l'opération de fusion. De ce fait, la loi permet de remédier aux conséquences fâcheuses d'une soudaine disparition des conventions collectives applicables aux salariés des sociétés fusionnées. Toutefois, conformément à la loi<sup>629</sup>, une nouvelle négociation doit être engagée au sein de la société nouvelle pour soit élaborer de nouvelles dispositions, soit pour adapter les dispositions jusque-là applicables. Il convient de rappeler que l'opération de fusion et de scission est assimilée par la loi comme un cas de dénonciation<sup>630</sup>. Par conséquent, la négociation en vue de la mise en place de la nouvelle convention doit s'opérer conformément au délai fixé par l'article L. 132-8, alinéa 5 du Code du travail.

## **II. Du sort des conventions ou accords collectifs dans l'hypothèse d'une fusion par absorption**

**390. Précision préliminaire-** Le sort des conventions ou accords collectifs dans le cadre d'une fusion-absorption est un plus complexe que dans l'hypothèse précédente. Une précision s'impose tout de même : seul nous intéressera, ici, le scénario où les sociétés qui se font absorber, soit par voie de fusion, soit par voie de scission, comportent une convention collective applicable<sup>631</sup>.

**391. Questionnement-** Lorsque dans la société absorbée<sup>632</sup> il existe déjà une convention collective applicable, il est évident que se posera la question de savoir la convention collective qui s'appliquera désormais aux salariés dont les contrats sont continués par la société absorbante. Est-ce celle de la société absorbée ou, au contraire, celle de la société absorbante ? Ici aussi, les solutions varient selon que les activités exercées par les deux sociétés sont ou non différentes. Dans le premier cas, il y aura survie

---

<sup>628</sup> V. C. trav., art. L. 132-8, al. 7.

<sup>629</sup> V. C. trav., art. L. 132-8, al. 7.

<sup>630</sup> V. en ce sens l'article L. 132-8 préc.

<sup>631</sup> Car, s'il n'existe pas de convention ou accord collectif applicable au sein de la société absorbée, le problème de continuation de convention ne se posera pas. Soit c'est la convention collective de la société absorbante qui s'appliquera à tous les salariés s'il en existe, soit il est procédé à la conclusion d'une nouvelle convention collective, soit encore la situation de non-convention persiste.

<sup>632</sup> Nous utiliserons le terme de « sociétés absorbées » tout en visant aussi bien le cas des sociétés qui se scindent au profit d'autres que celui de sociétés qui se font entièrement absorber par d'autres.

provisoire de la convention de la société absorbée et ce, jusqu'à la mise en place d'une nouvelle convention qui viendrait s'appliquer à l'ensemble des salariés de la société absorbante. En revanche, lorsque les activités des sociétés en cause sont identiques ou se ressemblent, la jurisprudence a apporté une solution une réponse dont la caractéristique essentielle c'est de varier selon que la convention collective applicable au sein de la société absorbante est plus(A) ou moins(B) favorable à celle en vigueur au sein de la société absorbée<sup>633</sup>.

#### **A. Hypothèse où la convention ou l'accord collectif de la société absorbante est plus favorable à celle ou celui des sociétés absorbées**

##### **392. Principe d'application de la convention collective de la société absorbante-**

S'il est établi que la convention ou l'accord collectif en vigueur au sein de la société bénéficiaire, en l'occurrence la société absorbante, présente beaucoup plus d'avantages aux salariés que celle ou celui appliqué au sein de la ou des sociétés absorbées, la logique voudrait qu'elle se substitue purement et simplement à la convention collective de la société absorbée<sup>634</sup>. C'est ce que confirmait la Cour de cassation en affirmant que les salariés transférés au nouvel employeur peuvent se prévaloir des conventions et accords collectifs applicables chez lui<sup>635</sup>. Cette analyse a le mérite du bon sens<sup>636</sup>. Car, en une telle hypothèse il serait anormal que les salariés de la société absorbée et ceux de la société absorbante soient soumis à deux conventions collectives distinctes et ce, avec des avantages différents. L'équité autant que la justice et le bon sens condamnent un tel scénario. On ne saurait, non plus, appliquer à l'ensemble des salariés la convention collective de la société absorbée ou de l'une des sociétés absorbées, du moment que cette convention est moins avantageuse pour eux, fût-ce que cette société absorbée se révèle être la plus importante économiquement.

<sup>633</sup> V. notamment Cass. soc., 24 janvier 1996, n° 224 : RJS 3/96 n° 315 ; Cass. soc., 16 mars 1999 n° 1264 : RJS 5/99 n° 1392 cités dans Mémento F. LEFEBVRE, *droit social*, 2004, n° 6398.

<sup>634</sup> V. M. CHADEFAUX, *Les fusions de sociétés*, op. cit., n° 235, p. 103 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 16<sup>e</sup> éd. Litec, 2003, n° 1746.

<sup>635</sup> V. Les arrêts des 24 janvier 1996 et 16 mars 1999 précités.

<sup>636</sup> Voir en ce sens Mémento F. Lefebvre, *Droit social*, préc., n° 6395.

## **B. Hypothèse où la convention collective de la société absorbante présente moins d'avantages que celle de la société absorbée**

**393. Continuation de la convention collective de la société absorbée-** Lorsque, en revanche, la convention collective de la société absorbante présente, cette fois-ci, moins d'avantages que celle de la société absorbée, il est apporté une solution qui mérite également d'être approuvée. Lorsqu'une telle hypothèse se présente, il est dit<sup>637</sup> que les dispositions de la convention collective en vigueur au sein de la société absorbée continueront de s'appliquer aux salariés dont les contrats sont continués par la société absorbante et cela, jusqu'à la mise en place de la convention qui sera substituée<sup>638</sup>. En d'autres termes, les salariés de la société absorbée continueront de jouir des avantages que leur reconnaît la convention collective qui leur était auparavant appliquée. Cette analyse est d'ailleurs partagée par les magistrats de la Cour de cassation en affirmant que les salariés transférés ont la possibilité, s'ils y ont intérêt, de continuer de bénéficier des dispositions de la convention qui leur était antérieurement appliquée<sup>639</sup>.

**394. Avantages de la continuation de la convention de la société absorbée-** La survie de la convention de la société absorbée concernera à la fois les avantages collectifs<sup>640</sup> et individuels des salariés. L'avantage de cette solution, comme on peut aisément le relever, c'est de permettre une certaine transition paisible pour les salariés de la société absorbée. Ainsi, à la place d'une disparition brusque de la convention collective, qui plus est bénéfique, la loi a préféré sa survie pendant un certain délai au profit des salariés. La philosophie évidente de cette continuation, c'est de permettre entre temps une certaine négociation entre la société absorbante et les salariés, dont le but est d'aboutir à ce que l'ensemble des salariés de l'entreprise soit soumis à une seule et même convention. Faisons d'ailleurs remarquer que rien n'empêche à ce que la négociation d'une nouvelle convention soit en amont engagée entre les sociétés absorbées et absorbante et leurs salariés. Ce qui permet aux différentes parties d'avoir d'emblée une meilleure lisibilité

---

<sup>637</sup> V. C. trav., art. L. 132-8, al. 3 et 7.

<sup>638</sup> Selon l'alinéa 3, de l'article L. 132-8 du Code du travail, la convention de la société absorbée continuera de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui sera substitué ou, à défaut, pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis.

<sup>639</sup> V. notamment Cass. soc., 14 mai 1992, n° 2042 : RJS 6/92 n° 768 ; Cass. soc., 31 janvier 1995 n° 508 : RJS 3/95 n° 277 cités dans Mémento F. LEFEBVRE, *Droit social*, préc., n° 6398.

<sup>640</sup> On peut citer comme avantages collectifs les indemnisation versées par l'employeur en cas de maladie, les primes ou encore la durée du travail.

quant aux dispositions qui seront dorénavant appliquées au sein de la société bénéficiaire. C'est cette stratégie qu'appliquèrent les sociétés THOMSON et CSF<sup>641</sup>.

Si la continuation de la convention en vigueur au sein de la société absorbée présente l'avantage de permettre une transition en douceur à propos des droits des salariés, il reste qu'elle implique qu'on se retrouve au sein de la société absorbante avec deux conventions collectives : une première, celle de la société absorbée, qui continuera de s'appliquer aux salariés dont les contrats sont continués et une seconde convention collective, celle de la société absorbante qui produira effet uniquement sur les seuls salariés de cette dernière.

**395. Limitation de la continuation de la convention collective de la société absorbée-** Une telle situation peut paraître burlesque, parce que débouchant sur une situation où deux conventions ou accords collectifs s'appliquent en même temps, et cela, dans une même entreprise. Et c'est justement pour éviter qu'un tel scénario, *à priori* bizarre, ne perdure que la loi<sup>642</sup> lui a apporté une limitation<sup>643</sup>. Il faut rappeler, en effet, que même si la convention collective en vigueur au sein de la société absorbée continuera de s'appliquer aux salariés dont les contrats sont transmis, elle ne le sera que dans la limite dans un an. Ainsi, à l'issue de ce délai d'un an, ces salariés vont se voir appliquer les dispositions de la convention en vigueur au sein de la société absorbante<sup>644</sup>, sous réserve bien sûr que la convention de la société absorbée n'ait pas prévu un délai de survie supérieur à un an. Cette solution semble, à notre avis, normale et juste. Elle évitera d'avoir en même temps, et ce, pendant une longue période dans une même entreprise deux conventions ou accords collectifs distincts, situation qui pourrait éventuellement être source de frustrations pour les salariés de la société absorbante.

**396. Préservation des avantages individuels acquis<sup>645</sup>-** L'application de la nouvelle convention collective au sein de la société absorbante comporte une conséquence immédiate. Elle met automatiquement fin aux avantages collectifs résultant de la

---

<sup>641</sup> Il semble qu'avant leur rapprochement ces deux sociétés avaient eu l'intelligence de procéder d'abord à la mise en place de la future convention collective qui allait être appliquée au sein de la nouvelle entité en instance de création : V. Ph. LAFARGE, *Prise de contrôle et intérêt des salariés*, RJC, n° spéc. novembre 1998, p. 71, spéc. p. 91.

<sup>642</sup> V. art. 132-8, al. 3 du C. trav.

<sup>643</sup> Il semble, d'ailleurs, qu'en pratique la société absorbante engage très souvent des discussions immédiates dont l'objectif avéré est d'aboutir à la conclusion d'une nouvelle convention collective qui serait applicable à l'ensemble des salariés de l'entreprise.

<sup>644</sup> V. en ce sens Cass. soc., 22 février 1995 : RJS n° 4, avril 1995, p. 395.

<sup>645</sup> On pourrait notamment citer comme exemples, le salaire et les congés d'ancienneté.

convention de la société absorbée, qui était jusque-là appliquée<sup>646</sup>. Etant donné que c'est la convention collective qui détermine les avantages collectifs des salariés, il est dès lors normal que ceux consacrés par l'ancienne convention disparaissent au profit de ceux désormais prévus par la nouvelle convention. Toutefois, l'application quasi-automatique de la convention en vigueur au sein de la société absorbante, aux termes du délai des douze mois, n'aura nullement pour conséquence la remise en cause des avantages individuels que les salariés de la société absorbée auraient acquis à l'égard de celle-ci<sup>647</sup>. Le principe de la transmission universelle du patrimoine impliquant le transfert, de plein droit, de tous les droits, biens et obligations de la société absorbée au profit de la société absorbante, il est naturel que les droits acquis par les salariés, à l'égard de celle-là demeurent au sein de celle-ci.

**397. Absence de convention collective au sein de la société absorbante-** Il se pourrait que contrairement à la société absorbée, que la société absorbante ne comporte pas de convention ou accord collectif applicable à ses salariés. Dans ce cas, la disparition de la société absorbée doit-elle impliquer celle de la convention en vigueur ? La réponse naturelle ne peut être que négative. Du fait de la transmission universelle du patrimoine, les salariés de la société absorbée vont pouvoir continuer de bénéficier des dispositions avantageuses de la convention qui leur était déjà appliquée, et ce, jusqu'à la mise en place d'une nouvelle convention collective qui devrait dorénavant s'appliquer à tous les salariés, ceux de la société absorbante compris<sup>648</sup>. Une fois cette nouvelle convention conclue, elle viendra remplacer celle de la société absorbée, qui cessera désormais de produire effets<sup>649</sup>. En définitive, on retiendra que la réalisation d'une opération de fusion ou de scission affecte, de plein droit, la convention collective de la société absorbée, qui cessera donc de produire effet, sauf lorsqu'elle présente plus d'avantages aux salariés que celle de la société absorbante.

#### **§.4. L'influence des fusions et scissions sur les contrats de participation et d'intéressement de la société absorbée ou scindée**

<sup>646</sup> V. M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, ouvrage préc., n° 1746.

<sup>647</sup> V. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, op. cit., idem.; M. CHADEFAUX, ouvrage préc., n° 236.

<sup>648</sup> V. en ce sens art. L. 132-8, al. C. trav.

<sup>649</sup> Il doit être précisé, cependant, que la conclusion de la nouvelle convention n'aura pas pour effet de remettre en cause les avantages individuels acquis par les salariés à l'égard de la société absorbée, en dépit de l'opération de fusion ou de scission.

**398. Plan-** Le sort des contrats de participation et d'intéressement lorsque l'entreprise contractante prend part à une opération de fusion ou de scission a été réglé par le législateur. Il a posé le principe de leur continuation chaque fois que cela est possible. Mais avant d'exposer ce principe (II), il conviendrait d'abord de déterminer ce que signifient ces accords (I). En outre, comme leur continuation n'est pas en toute circonstance possible, nous verrons également les solutions proposées par le législateur lorsque ces contrats vont se révéler impossibles de continuation, aux termes de l'opération de fusion ou de scission (III).

## **I. Notion de contrats de participation et d'intéressement**

**399. Généralités-** Notre ambition, aux termes de ce paragraphe, ne sera de faire une large étude et détaillée des accords de participation et d'intéressement, mais juste d'aider à y voir en quoi ils consistent. Dans la double perspective d'éviter des conflits sociaux et d'améliorer l'intégration des salariés dans leur entreprise, les pouvoirs publics ont imaginé et mis en place un système de participation<sup>650</sup> des salariés aux résultats de l'entreprise ainsi que l'actionnariat. Ce système de participation a été réformé par le législateur par une ordonnance du 21 octobre 1986<sup>651</sup> par laquelle il instaura trois systèmes distincts. Il s'agit de la participation aux résultats de l'entreprise, de l'intéressement et des plans d'épargne d'entreprise (PEE)<sup>652</sup>. Seuls les deux premiers nous intéresseront dans le cadre de cette étude.

**400. L'accord de participation-** C'est un système obligatoire<sup>653</sup>. Dès lors qu'elle atteint au moins cinquante salariés<sup>654</sup>, toute entreprise est tenue de mettre en place la

---

<sup>650</sup> V. notamment Ord. n° 59-126 du 7 janvier 1959 relative à l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise.

<sup>651</sup> V. Mémento F. LEFEBVRE, *Droit social*, 2004, p. 811 et s.

<sup>652</sup> Il convient de préciser que la loi sur l'épargne salariale du 19 février 2001 a modifié les trois systèmes en créant deux nouveaux outils d'épargne salariale. Il s'agit du plan d'épargne interentreprises(PEI) et le plan partenarial d'épargne salariale volontaire(PPESV) : V. C. trav. art. L. 443-1-1 et L. 443-1-2.

<sup>653</sup> Le système obligatoire de la participation s'applique non pas aux seules entreprises françaises, mais au contraire à toute entreprise relevant du droit français.



participation et cela, quelque soit son activité ou sa forme juridique<sup>655</sup>. Rappelons tout de même que la mise en place de ce système suppose la conclusion d'un accord entre l'entreprise et ses employés. Par ce contrat, l'entreprise va donc devoir constituer une réserve spéciale de participation<sup>656</sup>. Même si l'accord de participation doit obligatoirement déterminer sa durée, il reste que les parties demeurent libres de lui fixer la durée qu'elles souhaitent.

**401. Définition de l'intéressement-** L'intéressement est un dispositif qui permet aux entreprises de verser des sommes, calculées en fonction des résultats ou performances de l'entreprise, immédiatement disponibles et exonérées de cotisations sociales<sup>657</sup>. C'est donc une sorte de rémunération<sup>658</sup> distribuée aux salariés de l'entreprise en fonction des résultats de celle-ci ou des améliorations de la productivité<sup>659</sup>. Contrairement à la participation<sup>660</sup>, le système de l'intéressement est facultatif. En revanche, comme la participation, il peut être créé dans toute entreprise<sup>661</sup>, indépendamment de la nature de son activité et de sa forme juridique<sup>662</sup>. La seule condition exigée de l'entreprise désirant recourir à ce système, c'est celle de satisfaire aux obligations lui incombant en matière de représentation du personnel<sup>663</sup>. C'est dire que la mise en place de l'intéressement n'est soumise à aucune exigence de seuil d'effectif<sup>664</sup>.

---

<sup>654</sup> Il faut préciser que lorsqu'une entreprise forme une unité économique et sociale avec d'autres entreprises, le critère de l'effectif des 50 est apprécié dans le cadre de cette unité.

<sup>655</sup> V. Mémento F. LEFEBVRE, *Droit social*, op. cit.

<sup>656</sup> Lorsque l'entreprise assujettie obligatoirement au système de la participation omet de le mettre en place, lui sera automatiquement appliqué un régime subsidiaire. La caractéristique de celui-ci, c'est d'être moins favorable aux deux parties.

<sup>657</sup> V. Mémento F. LEFEBVRE, *Epargne salariale*, 2004, préc., p. 270, n° 4000 ; Mémento F. LEFEBVRE, *Droit social*, 2004, p. 822.

<sup>658</sup> Mais attention il ne s'agit pas d'une rémunération au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale.

<sup>659</sup> Il semble toutefois que le montant global des sommes distribuées aux salariés ne doit pas excéder annuellement 20 % du montant total des salaires bruts versés aux personnes bénéficiant de l'intéressement. Car, au-delà, les sommes distribuées sont considérées comme un supplément de salaire. Elles seront par conséquent soumises aux cotisations sociales.

<sup>660</sup> La participation est un système obligatoire. Il s'applique à toutes les entreprises d'au moins 50 salariés et profite à tous les salariés possédant au moins trois mois d'ancienneté. Mais, comme l'intéressement la mise en place de la participation nécessite aussi un accord.

<sup>661</sup> Par principe, le système d'intéressement est interdit dans les entreprises publiques et les sociétés nationales, sauf lorsqu'elles rentrent dans le champ d'application défini au chapitre I du titre III du livre I du Code du travail : V. C. trav., art. L. 131-2, al. 2.

<sup>662</sup> V. C. trav., art. L. 441-1, al. 1er.

<sup>663</sup> C'est ce que dispose l'article L. 441-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code du travail. Il semble que l'administration considère cette condition remplie par l'entreprise lorsque celle-ci aurait dores et déjà mis en place les institutions représentatives obligatoires. Il s'agit notamment des délégués du personnel, du comité d'entreprise(CE) et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail(CHSCT). Lorsque aucune institution représentative n'existe au sein de l'entreprise, la loi impose à celle-ci l'obligation de dresser un procès verbal de carence. Le but de ce procès verbal, sera de prouver que l'absence d'institutions représentatives du personnel résulte soit de l'absence de candidature, soit du fait que l'entreprise n'ait pas atteint les seuils légaux requis pour la créations de ces institutions représentatives.

<sup>664</sup> En effet, l'entreprise même employant un seul salarié peut librement décider de créer le système d'intéressement. Cette faculté comporte, cependant, deux limites. D'abord, la formule de valeur qui sera retenue ne doit pas dépendre de la

**402. La nature contractuelle du système d'intéressement-** Comme pour le précédent système, la mise en place de l'intéressement suppose aussi de nécessairement passer par la conclusion d'un accord. En revanche, la loi impose ici une durée légale minimale au contrat, qui est de trois ans<sup>665</sup>. Le législateur<sup>666</sup> a fixé plusieurs modalités de conclusion de cet accord, qui sont d'ailleurs identiques à celles requises pour la participation. L'accord d'intéressement peut être mis en place soit sous la forme d'une convention ou d'un accord collectif de travail, soit au sein du comité d'entreprise, soit par un accord négocié entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales représentatives au niveau de l'entreprise, soit encore à la suite de la ratification à la majorité des deux tiers du personnel d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise<sup>667</sup>.

Lorsqu'une entreprise, contractante de tels accords, participe à une opération de fusion ou de scission, il se posera certainement la question de l'influence de ces opérations sur ces contrats. On cherchera, en l'espèce, de déterminer si le principe de la transmission universelle du patrimoine est susceptible d'emporter leur transmission, et donc leur continuation par la société bénéficiaire ? Ou si, au contraire, ils sont supposés disparaître.

---

performance individuelle du salarié, mais uniquement de celle de l'entreprise. Ensuite, l'intéressement est interdit lorsque le seul salarié est en outre mandataire social.

<sup>665</sup> V. C. trav., art. L. 441-1, al.1; Mémento F. LEFEBVRE, *Droit social*, op. cit., p. 822, n° 7035.

<sup>666</sup> V. notamment C. trav., art. L. 441-1, al. 1.

<sup>667</sup> Le contrat d'intéressement doit comporter certaines mentions obligatoires. Il doit notamment préciser la durée, les modalités d'intéressement(c'est-à-dire intéressement aux bénéfices, intéressement aux gains de productivité, etc.), la date de versement, les établissements concernés, modalités de calcul.

## II. Du principe de la continuation des contrats de participation et d'intéressement

**403. Poursuite de plein droit-** A toutes les questions précédemment posées, le législateur a apporté une réponse. Il a en effet déterminé les effets de certaines opérations de restructurations, dont notamment les fusions et scissions, sur de tels contrats<sup>668</sup>. Aux termes des articles L. 441-7<sup>669</sup> et L. 442-17<sup>670</sup>, du Code du travail, le législateur exprimait le principe de la poursuite de plein droit des accords d'intéressement et de participation éventuellement conclus par la société absorbée ou scindée.

**404. Le principe légal-** Les deux textes consacrent successivement le principe de poursuite des accords d'intéressement et de participation. Il convient toutefois de préciser que la poursuite principielle de ces contrats a été affirmée d'une manière indirecte. Car, le législateur n'affirme pas directement qu'ils continuent automatiquement en cas de fusion ou de scission. Il dit simplement que dans le cas où une modification survenue dans la situation juridique de l'entreprise<sup>671</sup>, en l'occurrence par fusion, cession ou scission rend impossible l'application de l'accord, celui-ci cessera de produire effet. Ce qui voudrait dire, à contrario, que si tel n'est pas le cas, l'accord de participation ou d'intéressement continuera de produire effet.

Par une telle affirmation de poursuite de ces contrats, les articles L. 441-7 et L. 442-17, précités, rejoignent le principe de continuation résultant de l'article L. 236-3, du Code de commerce. Ainsi, par application combinée de ces trois textes, on peut sans risque de se tromper dire que, lorsque s'opère une opération de fusion ou de scission, les accords d'intéressement ou de participation à l'actif de la société dissoute sans liquidation se poursuivent. Mais, qu'advierait-il si le contrat conclu par la société absorbée ou scindée se révélait difficile ou impossible d'application, aux termes de l'opération ?

---

<sup>668</sup> Malgré l'utilisation du terme « accords », il reste les systèmes de participation et d'intéressement sont mis en place par de véritables contrats. D'ailleurs, c'est ce que rappelle l'article L. 441-5, du Code du travail.

<sup>669</sup> Selon l'article L. 441-7, du Code du travail, « dans le cas où une modification survenue dans la situation juridique de l'entreprise, par fusion, cession ou scission rend impossible l'application d'un accord d'intéressement, ledit accord cesse de produire effet entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

<sup>670</sup> Quant à l'article L. 442-17, du Code du travail, il dispose que « dans le cas où une modification survenue dans la situation juridique de l'entreprise, par fusion, cession ou scission rend impossible l'application d'un accord de participation, ledit accord cesse de produire effet entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

<sup>671</sup> Une remarque importante doit être tirée. On constatera qu'en citant les facteurs pouvant déclencher la modification juridique, le législateur n'a pas utilisé l'adverbe « notamment ». Ce qui permet de comprendre que l'énumération faite est limitative.

### **III. De l'éventuelle impossibilité de continuation des contrats de participation et d'intéressement**

**405. De la possibilité de cessation de poursuite-** Il peut en effet arriver que les contrats de participation ou d'intéressement, conclus par la société absorbée ou scindée, se révèlent impossibles de se poursuivre, à l'issue de l'opération de fusion ou de scission. Lorsqu'un tel scénario se présente, le législateur y a prévu une solution. En effet, tout en affirmant la continuation principielle desdits contrats, le législateur a prévu en même temps l'éventualité de leur caducité. Il<sup>672</sup> affirme explicitement que lesdits accords cesseront de produire effet, c'est-à-dire donc ne pourront plus se poursuivre, lorsqu'il s'avèreront impossibles de continuation. Pour y voir clair, il conviendrait d'étudier cette solution légale de non poursuite selon que la société bénéficiaire comporte **(B)** ou non un accord **(A)**.

#### **A. La société bénéficiaire ne comporte pas d'accord**

**406. De l'impossible continuation de l'accord-** La société absorbante pourrait ne pas avoir conclu d'accord, qu'il soit de participation<sup>673</sup> ou d'intéressement<sup>674</sup>. Dans ce cas, lorsqu'elle absorbe une autre qui, elle, en a conclu avec ses salariés, ledit accord peut se révéler impossible d'être continué à l'issue de l'opération<sup>675</sup>. En cette occurrence, le législateur affirme que « *ledit accord cesse de produire effet...* ». Cette conséquence s'applique aussi bien à la participation qu'à l'intéressement<sup>676</sup>.

**407. Absence de définition légale de la continuation impossible-** Cependant, le législateur omet de nous dire ce qui peut créer cette impossibilité de poursuite. Il évoque simplement l'idée d'une modification qui surviendrait dans la structure juridique de la

---

<sup>672</sup> V. C. trav., art. L. 441-7, al. 1er et L. 442-17, al. 1er.

<sup>673</sup> I faut rappeler que le système obligatoire de la participation ne s'applique qu'aux entreprises ayant au moins 50 salariés.

<sup>674</sup> Le système d'intéressement étant facultatif, rien n'oblige l'entreprise à le mettre en place.

<sup>675</sup> Cette analyse est également valable lorsque deux sociétés fusionnent pour donner naissance à une société nouvelle. Dans un tel cas, qu'une seule des sociétés ou même les deux comportent un accord, celui-ci sera impossible de se poursuivre au sein de la société bénéficiaire. Imagions que la première société ait conclu un accord de participation et que la seconde, elle, ait en revanche conclu un accord d'intéressement. Il est impossible de dire que c'est tel accord qui sera continué et non pas tel autre. D'où le bon sens de dire que les deux accords cesseront de produire effet. Mais, qu'en revanche, une obligation est faite à la société nouvelle d'engager une négociation dans les six mois en vue d'une éventuelle conclusion d'un nouvel accord.

<sup>676</sup> V. C. trav., art. L. 441-7, al. 1er et L. 442-17, al. 1.

société contractante et qui rendrait impossible la survie de l'accord conclu<sup>677</sup>. Les articles L. 441-7 et L. 442-17, du Code du travail, évoquent tous deux cette notion d'« impossibilité » sans pour autant la définir. Aussi, peut-on légitimement se demander en effet dans quelle hypothèse le contrat, applicable au sein de la société absorbée, serait impossible d'application au sein de la société absorbante ? Dire que l'impossibilité de continuation de l'accord de la société absorbée doit obligatoirement s'apprécier indépendamment de la volonté de l'employeur<sup>678</sup> n'est pas, à notre avis, suffisant pour permettre de déterminer efficacement la notion.

**408. L'impossible continuation selon la jurisprudence-** C'est donc, encore une fois, vers la jurisprudence qu'il faut se tourner pour avoir une idée de ce qui pourrait créer cette impossibilité d'application de l'accord d'origine. C'est ainsi que dans un arrêt du 23 janvier 2001, la Cour d'appel d'Amiens avait jugé que l'accord intéressement conclu par une société, ayant absorbé une autre, était effectivement impossible d'être continué<sup>679</sup>. En l'espèce une société, la société sucrière de Berneuil-sur-Aisne, avait conclu avec son comité d'entreprise un accord d'intéressement du personnel aux performances de l'entreprise, le 8 avril 1991. Après avoir reconduit cet accord en 1993, ladite société absorba la société sucrière de Maizy. A l'issue de l'opération d'absorption, la société contractante absorbante mit un terme au contrat aux motifs qu'il lui était impossible de continuer son application. Ce que contesta le comité d'entreprise devant les juges en leur demandant d'ordonner la poursuite de l'accord jusqu'à son terme. Mais, les juges d'appel déboutèrent les salariés. Pour eux, au regard des investissements financiers importants effectués par la société absorbante tant sur son propre site que sur celui de la société absorbée, il lui était dès lors impossible de continuer l'application de l'accord. Sur pourvoi, les juges suprêmes approuvèrent le raisonnement des juges d'Amiens sous le visa de l'article L. 441-7, du Code du travail. Selon la Cour de cassation, l'impossibilité de poursuite de l'accord d'intéressement ou de participation relève de l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>680</sup>. Cette décision de la chambre sociale nous permet de faire un constat : c'est que la détermination des facteurs susceptibles de créer cette impossibilité

---

<sup>677</sup> V. Mémento F. LEFEBVRE, *Epargne salariale*, op. cit., p. 21, n° 173.

<sup>678</sup> V. Ph. LAFARGE, « *Prise de contrôle et intérêt des salariés* », RJC, n° spéc., novembre 1998, p. 87 ; Mémento F. LEFEBVRE, *Epargne salariale*, op. cit., p. 281, n° 4052.

<sup>679</sup> V. Cass. soc., 13 mai 2003, RJS 7/03, n° 922.

<sup>680</sup> V. Cass. soc., 13 mai 2003, préc.

de continuation du contrat est fonction des circonstances en cause. Ce qui n'est pas rassurant pour les intérêts des salariés.

**409. Obligation de négociation-** Cependant, pour pallier au vide entraîné par l'opération du fait de la cessation de l'accord conclu par la société absorbée, la loi oblige la société absorbante à engager une négociation en vue de l'éventuelle conclusion d'un nouvel accord. Cette négociation doit être engagée, précise la loi, dans un délai relativement court, en l'occurrence six mois<sup>681</sup>. Il en sera de même lorsque la société absorbante, du fait de l'opération, atteint le seuil des cinquante salariés.

**410. Préservation des droits des salariés de la société absorbée-** Précisons, toutefois, que la cessation de l'accord de la société absorbée ne remet nullement en question les droits de participation que ses salariés ont déjà acquis à son égard. Il est en effet admis, et heureusement d'ailleurs pour les salariés, qu'il y ait ou non poursuite du contrat de participation, que la gestion des droits des salariés doit être garantie jusqu'à l'expiration de la période d'indisponibilité. Il serait inadmissible que l'opération de fusion ou de scission, outre la cessation du contrat, remette en plus en cause leurs droits représentés par la réserve spéciale constituée et indisponible pendant le délai des cinq ans. C'est d'ailleurs pourquoi, dans le cadre de la garantie de ces droits il est proposé, par exemple, que la convention de fusion ou de scission prévoie le transfert de la gestion des droits acquis par les salariés de la société absorbée à la société bénéficiaire<sup>682</sup>.

---

<sup>681</sup> V. C. trav., art. L. 441-7, al. 2 et L. 442-17, al. 2.

<sup>682</sup> V. Mémento F. LEFEBVRE, *Epargne salariale*, op. cit., p. 22, n° 174.

## **B. La société absorbante comporte un accord**

**411. Application de l'accord de la société absorbante-** Si en revanche, l'impossibilité d'application, donc de continuation, de l'accord de la société absorbée survient alors même que la société absorbante possède en son sein un accord, celui-ci s'applique automatiquement aux salariés de la société absorbée<sup>683</sup>. On peut émettre un doute sur une telle conséquence, particulièrement lorsque l'accord appliqué au sein de la société absorbée présente plus d'avantages que celui en vigueur au sein de la société absorbante. Malgré tout, il faut admettre que dans une telle hypothèse, l'accord de la société absorbée ne pourrait survivre et ce, pour une raison toute simple. C'est qu'il est particulièrement impossible de demander à la société absorbante de constituer deux spéciales de participations. L'admettre serait pour elle lourd de conséquences<sup>684</sup>. Il devient, par conséquent, plus logique que les salariés de la société absorbée bénéficient directement de l'accord en vigueur au sein de la société absorbante. Cette solution est, à notre avis, préférable à celle de l'absence d'accord au sein de la société bénéficiaire. Car, rien n'empêchera, à l'expiration dudit accord, qu'une nouvelle négociation soit engagée en vue de la conclusion d'un accord plus juste.

## **SECTION II DE L'INFLUENCE DE LA TRANSMISSION UNIVERSELLE DU PATRIMOINE SUR LE CONTRAT DE CAUTIONNEMENT**

**412. Le cautionnement-** Le cautionnement constitue une garantie très couramment utilisée. Sa survie peut ainsi susciter quelques interrogations aux termes de certaines opérations de restructuration, telles que les fusions et scissions. C'est pourquoi, d'ailleurs, il existe, à son sujet et ce, depuis quelques années, d'intenses débats tant au sein de la jurisprudence qu'à l'intérieur de la doctrine<sup>685</sup>. La question essentielle qui se pose est celle de savoir, en l'espèce, si la société bénéficiaire, à l'issue de l'opération de fusion ou de

---

<sup>683</sup> V. C. trav., art. L. 441-7, al. 2 et L. 442-17, al. 2; Mémento F. LEFEBVRE, *Epargne salariale*, op. cit. idem.

<sup>684</sup> V. en ce sens Mémento F. LEFEBVRE, *Epargne salariale*, op. cit., p. 21 n° 172.

<sup>685</sup> V. notamment Ch. MOULY, Les causes d'extinction du cautionnement, *Litec*, 1979 ; P. MABILAT note sous Cass. com., 26 octobre 1983 : *Rev. soc.* 1984.297 ; O. BARRET note sous Cass. com., 20 janvier 1987.401.

scission, pourrait se prévaloir du contrat de cautionnement dont était bénéficiaire la société absorbée ou scindée<sup>686</sup>.

**413. Illustration-** Prenons un exemple une entreprise B est cautionnée par C pour une dette que B a contractée auprès de la banque A. Puis, B est absorbée par l'entreprise D ou bien fusionne avec celle-ci pour donner naissance à une société nouvelle. Par voie de conséquence, C se retrouve désormais caution d'un débiteur non directement choisi. De façon générale, en cette occurrence, deux questions peuvent se poser, somme toutes liées.

La première question serait celle de savoir si la société absorbante ou nouvelle, issue de la fusion, a toujours C comme caution de ses dettes envers la banque A ?

La deuxième question, qui permettra certainement de déterminer avec précision le sort du cautionnement, consiste à se demander si ce changement intervenu dans la situation juridique de B, le débiteur, aux termes de l'opération de fusion, a provoqué une novation de la créance ?

Tout naturellement, on ne peut que répondre négativement à la deuxième question. Car, au regard de la loi, en l'occurrence de l'article L. 236-14 du Code de commerce, la transmission universelle de patrimoine n'emporte pas novation à l'égard des créanciers de la société absorbée ou scindée. Par conséquent, cela ne saurait mettre fin à l'engagement de la caution.

Quant à la première question, la logique requiert d'y répondre par l'affirmative. Le transfert universel du patrimoine de la société absorbée ou scindée à la société bénéficiaire, implique, en effet, en toute logique que la seconde recueille l'intégralité de l'actif et du passif de la première de sorte que le cautionnement, bénéficiant à la société absorbée, puisse profiter à la société absorbante<sup>687</sup>. Cependant, telle n'est pas la solution retenue par la jurisprudence, qui refuse toute continuation automatique du cautionnement par la société bénéficiaire, à l'issue d'une fusion ou scission<sup>688</sup>. Cette solution, tout à fait contraire à la logique de la transmission universelle du patrimoine mérite, avant toute critique (§.2), d'être rappelée (§.1).

---

<sup>686</sup> Les mêmes interrogations peuvent également se poser en cas d'apport partiel d'actif soumis au régime juridique des scissions.

<sup>687</sup> V. JEANTIN M., art. préc., p. 298.

<sup>688</sup> V. Cass. com., 20 janvier 1987: JCP éd. G 1987, II, 20 844, note GERMAIN.



### **§.1. La solution jurisprudentielle à propos du sort du contrat de cautionnement dans le cadre d'une opération de fusion ou de scission**

**414. Le sort logique du contrat de cautionnement en cas de fusion ou de scission-** La logique voudrait que, lorsqu'une société débitrice, créancière ou encore caution d'une obligation principale se fait absorber, que le contrat de cautionnement survive pour garantir les dettes qui naîtront ultérieurement à l'opération. La fusion ou scission impliquant, de plein droit, transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante, et l'obligation principale étant transférée, son accessoire, le contrat de cautionnement, devrait à son tour, tout naturellement, être transféré à ladite société absorbante.

**415. De l'absence principielle d'un sens de fusion ou de scission-** Dans cette optique, il convient de préciser que ni l'article 1844-4<sup>689</sup>, du Code civil, ni l'article L. 236-3 du Code de commerce et, encore moins, les troisième et sixième directives européennes n'imposent un sens que devrait adopter l'opération de fusion ou de scission pour que s'opère le transfert d'un élément particulier de la société absorbée, dont notamment le contrat de cautionnement. Autant la nature juridique de la société<sup>690</sup> est indifférente dans le processus de transmission universelle, autant le sens de l'opération de fusion ou de scission l'est également. Par conséquent, peu importera que la société caution ou créancière disparaisse ou non, à l'issue de l'opération, la fusion ou scission emporte, tout logiquement, transfert de l'ensemble du patrimoine, dont le cautionnement, de la société absorbée à la société bénéficiaire. Telle devrait être la règle, en conformité avec le principe légal de la transmission universelle de patrimoine, que consacre en particulier l'article L.236-3, précité. Mais au lieu de cela, on constatera, de manière curieuse, que tel n'est pas l'analyse de la jurisprudence. Les juges vont, en effet, procéder, à propos du sort du contrat de cautionnement, dans le cadre d'une opération de fusion ou de scission, à l'application d'une tout autre solution. Dans l'application de celle-ci, les magistrats font appel à une distinction, dont il conviendrait, pour une meilleure compréhension de l'analyse, de rappeler, ne fût-ce que de manière sommaire (I) avant d'exposer les principaux arrêts consacrant la solution de la cour de cassation (II).

<sup>689</sup> Selon l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1844-4, du Code civil, « une société, même en liquidation, peut être absorbée par une autre société ou participer à la constitution d'une société nouvelle, par voie de fusion ». Quant au second alinéa, il dispose qu'« elle peut aussi transmettre son patrimoine par voie de scission à des sociétés existantes à des sociétés nouvelles ».

<sup>690</sup> Voir en ce sens l'alinéa 3 de l'article 1844-4, du Code civil et l'article L. 236-2, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de commerce.

## **I. Le rappel de la distinction, fondement de la solution jurisprudentielle**

**416. Origine de la distinction-** La distinction qui a servi à la jurisprudence d'établir et de renforcer sa solution est d'origine doctrinale. Selon Christian MOULY<sup>691</sup>, la caution est tenue de deux obligations : une obligation de règlement, transmissible de droit à ses héritiers, et une obligation de couverture, qui s'éteint à sa mort. C'est cette distinction que la Cour de cassation reprit à son compte pour asseoir sa jurisprudence<sup>692</sup>. En réalité celle-ci repose sur une deuxième distinction. La Cour de cassation a construit sa solution selon que la fusion ou scission fait ou non disparaître la caution.

**417. Le maintien de la garantie des créances antérieures à l'opération de fusion et de scission : subsistance de l'obligation de règlement** - Le jour du décès de la caution, on recense les créances existantes, peu importe qu'elles soient ou non exigibles. Seules ces créances seront transmises et garanties par les héritiers de la caution. L'obligation de règlement, c'est donc, l'obligation de payer les seules dettes nées au jour du décès de la caution. C'est ce même principe que la jurisprudence applique aux opérations de transmission universelle de patrimoine. Selon la Cour de cassation, pour toutes les créances antérieures à l'opération de fusion ou de scission, leur règlement subsiste, et cela, en dépit de la disparition de la société bénéficiaire du cautionnement l'opération<sup>693</sup>. En revanche, tel ne saurait être le cas pour les dettes postérieures au décès de la caution.

**418. L'absence de la garantie des dettes postérieures à l'opération de fusion et de scission : disparition de l'obligation de couverture** - Si le cautionnement subsiste pour garantir les créances antérieures, il ne saurait couvrir celles qui naîtront ultérieurement au décès de la caution. C'est dans cette même logique que, pour la Haute juridiction, la disparition de la société, débitrice de l'obligation principale, à l'issue de l'opération de fusion, ne maintient le contrat de cautionnement que pour la garantie des

---

<sup>691</sup> V. Ch. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, 1979, p. 326 et s.

<sup>692</sup> V. Cass. com., 29 juin 1982 : D.S. 1983, p. 360, note Ch. MOULY.

<sup>693</sup> V. Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 3<sup>e</sup> éd, Litec, 2000, n°65 et 22.

dettes qui seraient déjà nées<sup>694</sup>. En d'autres termes, en dépit de la transmission universelle de patrimoine et du caractère accessoire du cautionnement, la société absorbante ne saurait prétendre réclamer le bénéfice de celui-ci, alors même qu'elle a recueilli la créance à laquelle ce cautionnement était rattaché. Il en sera de même lorsque la société disparaît, aux termes d'une scission<sup>695</sup>. Après avoir rappelé la distinction qui a permis à la Cour de cassation de déterminer le sort du cautionnement, en cas de fusion et de scission, exposons ses différentes applications.

## II. Les applications de la solution jurisprudentielle

Pour mieux saisir la portée de la solution jurisprudentielle, il convient de l'exposer selon que la fusion ou scission affecte la société créancière (**A**), débitrice (**B**) ou la caution elle-même(**C**).

### A. Le sort du contrat de cautionnement lorsque la fusion ou scission affecte la société créancière

**419. Arrêt du 20 janvier 1987<sup>696</sup>** - C'est par cet arrêt que la Cour de cassation a, pour la première fois<sup>697</sup>, précisé d'une manière certes nette mais, contestable, le sort du cautionnement lorsque le créancier fait l'objet d'une fusion-absorption. Selon les hauts magistrats, « *en cas de fusion de sociétés donnant lieu à la formation d'une personne morale nouvelle, l'obligation de la caution qui s'était obligée envers l'une des sociétés fusionnées, n'est maintenue pour la garantie des dettes postérieures à la fusion que dans le cas d'une manifestation expresse de la caution de s'engager envers le nouvelle personne morale* ». Ce que l'on pourrait retenir d'une telle solution, c'est que selon les hauts magistrats, la force de la règle de la continuation consubstantielle au principe de la

---

<sup>694</sup> V. C.A. Paris, 5 janvier 1987 : BRDA 1987, n° 7, p. 12 ; Cass. com., 25 octobre 1983 : Rev. soc. 1984.297, Obs. MABILAT.

<sup>695</sup> V. Cass. com., 22 janvier 1985 : J.C.P. éd. G. 1986, II, n° 20 591, note Ph. SIMLER.

<sup>696</sup> V. Com., 20 janvier 1987 : JCP éd. G 1987, II, 20 844, note GERMAIN ; Rev. Des sociétés 1987.397, note BARRET.

<sup>697</sup> Il faut en effet rappeler que déjà en 1978, la Cour de cassation avait considéré que l'opération de fusion éteignait l'obligation de couverture de la caution pour les créances postérieures à la fusion. Que par conséquent le cautionnement ne saurait survivre que pour garantir les créances antérieures à l'opération : V. Cass. com., 6 mars 1978, D. 1979.IR.138, obs. VASSEUR. Mais, c'est seulement en 1987 que la Cour de cassation réaffirmera cette position dans un véritable arrêt de principe : V. Cass. com., 20 janvier 1987, préc.

transmission universelle du patrimoine, résultant des fusions et scissions, est impuissante à entraîner la continuation du cautionnement comme cela devrait être le cas, logiquement.

**420. Arrêt du 22 janvier 1985-**L'intérêt de cette décision, ce n'est nullement d'avoir créé une nouvelle solution mais, d'avoir tout simplement apporté une certaine précision à une solution déjà rendue à l'occasion d'une opération de scission<sup>698</sup>. Dans l'affaire jugée le 22 janvier 1985, la Haute juridiction affirmait qu'une nouvelle société résultant d'une scission de la société créancière ne peut agir contre la caution pour les dettes nées postérieurement à l'opération de scission. Cette décision, à son tour, n'a fait que reprendre le contenu d'une autre, rendue le 6 mars 1978. En l'espèce, il s'agissait d'une fusion de sociétés à laquelle participait la société créancière. Et la Cour de cassation déclarait<sup>699</sup> que la fusion de la société créancière avec une autre, en donnant naissance à une nouvelle entité, ne peut permettre à l'engagement de cautionnement de survivre pour couvrir les dettes qui naissent postérieurement à la fusion.

**421. Constance de la solution jurisprudentielle-** La solution classique sera, plus tard, à plusieurs reprises confirmée<sup>700</sup>. La Haute cour reconnaît, toutefois, que lorsque la fusion ou scission n'affecte pas la personne de la société créancière, il y aura continuation des obligations à la fois de règlement et de couverture. C'est-à-dire que, toutes les fois où c'est la société créancière qui absorbe, et non pas qui est absorbée, la pérennité du contrat subsiste. Cette solution si évidente a d'ailleurs été rappelée à une Cour d'appel dans un arrêt relativement récent de la chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>701</sup>. En l'espèce, un cautionnement a été consenti à un établissement de crédit pour garantir des dettes contractées auprès de lui par une société. L'établissement de crédit créancier absorbe un autre établissement de crédit. Après l'opération de fusion-absorption, il a changé de dénomination sociale et a eu la maladresse d'indiquer aux cautions qu'elle « venait aux droits » de l'établissement de crédit « X », visant en réalité en cela son ancienne dénomination sociale. Pour les juges d'appel, les cautions ne sauraient être tenues de garantir les dettes postérieures à la fusion, et cela en se référant à la solution classique de la Cour de cassation. C'est cette décision que censura la Haute juridiction en rappelant la

<sup>698</sup> V. Cass. com., 22 janvier 1985: JCP éd. G 1986, II, 20 591, note SIMLER.

<sup>699</sup> V. Cass. com., 6 mars 1978: D. 1979.IR, p. 138, obs. VASSEUR.

<sup>700</sup> V. Cass. com., 17 juillet 1990: Rev. Des sociétés 1991.67, note RANDOUX; JCP éd. E 1991.II.143, note GRELIÈRE; Cass. com., 4 février 1992: Dr. des sociétés 1992, comm. n° 103, note BONNEAU; Cass. com., 25 mars 1997: Dr. des sociétés, mai 1997, p. 17; Cass. com., 25 novembre 1997: Dr. des affaires 1998.167, obs. X. D.

<sup>701</sup> V. Cass. com., 17 juillet 2001: D. 2001, p. 2414 (1<sup>re</sup> esp.).

continuation du cautionnement lorsque la personne du créancier reste inchangée<sup>702</sup>. La question de la détermination de l'incidence d'une fusion ou scission sur le cautionnement se pose aussi lorsque son titulaire se trouve être la société débitrice.

## **B. Le sort du contrat de cautionnement lorsque la fusion ou scission affecte la personne de la société débitrice**

**422. Solution de la jurisprudence-** C'est en 1983, et cela au travers d'un arrêt très remarqué, que la Cour de cassation a fixé, de manière claire et nette, la solution qu'il conviendrait de retenir à chaque fois qu'une société débitrice, dont les dettes étaient garanties par un cautionnement, viendrait à fusionner avec une autre. Dans cet arrêt<sup>703</sup>, la Haute juridiction affirmait qu'« *en l'absence de stipulations contraires, la transformation de la société débitrice libère la caution pour toutes les dettes postérieures à la fusion* », solution qui sera, par ailleurs, confirmée trois ans plus tard<sup>704</sup>. C'est dire que pour la Cour de cassation, lorsque le débiteur principal « décède » ou disparaît, la caution ne couvrira que les dettes existant au jour de la fusion ou scission. Sont donc d'office exclues les dettes qui naîtront ultérieurement alors même que l'acte à l'origine de celles-ci est, lui, antérieur à l'opération de fusion ou de scission. Cette même solution a été, par ailleurs, généralisée au cas où c'est la caution qui est la société affectée par l'opération de fusion ou de scission.

## **C. Le sort du contrat de cautionnement lorsque la fusion ou scission affecte la personne de la société caution**

**423. Logique de la transmission universelle-** Cette hypothèse, à notre avis, ne pose et ne devrait soulever aucune difficulté particulière. Toute opération de fusion ou de scission comporte la caractéristique essentielle d'impliquer une transmission de l'ensemble de l'actif et du passif, composant le patrimoine de la société absorbée ou scindée, à la société bénéficiaire<sup>705</sup>. Aussi, l'ensemble des droits, obligations et engagements de la

---

<sup>702</sup> V. Com., 17 juillet 2001, préc.

<sup>703</sup> V. Cass. com., 25 octobre 1983: Rev. Des sociétés 1984.297, note MABILAT ; Bull. Joly 1984, § 61, p. 161.

<sup>704</sup> V. Com., 22 janvier 1985 préc.

<sup>705</sup> V. C. com., art. L. 236-3.

société dissoute sans liquidation, se trouve-t-il, automatiquement et de plein droit, transmis à la société bénéficiaire, c'est-à-dire à la société absorbante ou nouvelle, et cela, sans qu'il soit besoin d'observer, par principe comme le prévoit l'article L. 236-3 du Code de commerce, le formalisme propre aux cessions de créances<sup>706</sup>.

**424. Continuation du contrat de cautionnement-** L'application d'une telle règle a pour résultat, lorsque la société qui s'est portée caution, se trouve dissoute par l'effet d'une fusion ou scission et du fait de la dévolution du patrimoine qui s'en suit, d'entraîner la continuation du cautionnement par la société bénéficiaire. Ceci est normal et conforme à la logique des effets de la transmission universelle du patrimoine tels que définis par la loi. La société absorbante ou nouvelle, ayant recueilli l'ensemble de l'actif et du passif, de la société absorbée, il est logique qu'il récupère et continue le contrat de cautionnement. N'est-il pas expressément dit *que « la société absorbante est débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée au lieu et place de celle-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard »*<sup>707</sup> ?

Nous n'avons pas connaissance d'une décision de jurisprudence reniant une telle conséquence du principe de la transmission universelle. Cela est, dans une certaine mesure, compréhensible, puisque l'opération de fusion ou de scission, en l'espèce, est complètement indifférente à l'égard de la pérennité et même des caractéristiques de la garantie. Ce n'est ni la société débitrice, encore moins la société créancière qui sont affectées par l'opération, mais la société caution. Malgré tout, la jurisprudence considère que dès lors que la fusion ou scission affecte la personnalité morale de la caution, cela affectera *ipso facto* la continuation du contrat du cautionnement.

**425. La solution jurisprudentielle-** Du principe formulé par la Cour de cassation, il ressort expressément que si la société garante demeure tenue des dettes antérieures de la société absorbée ou scindée, elle s'en trouve libérée quant aux dettes postérieures à la fusion ou scission<sup>708</sup>. Cette solution de la Haute juridiction est, à tous égards, restrictive au regard du principe de la transmission universelle de patrimoine en n'admettant pas le maintien de l'obligation de couverture de la caution pour les créances postérieures à la fusion ou scission, à défaut d'accord de la caution. Une telle analyse est, selon nous,

<sup>706</sup> V. à titre illustratif, Cass. com., 18 décembre 1984 : Bull. civ. IV, n° 351.

<sup>707</sup> V. C. com., art. L. 236-14, al. 1.

<sup>708</sup> Voir en ce sens : Cass. com., 20 janvier 1987 préc. et Cass. com., 23 mars 1999 : P.A.- 4 février 2000, n°25, p. 15, note KEITA M.

extrêmement critiquable. Car, admettre ce principe jurisprudentiel, revient, comme le relevait à juste titre un auteur, « à ne pas appliquer dans sa plénitude le principe de la transmission universelle de patrimoine de la société fusionnée ou absorbée au profit de l'absorbante ou de la société nouvelle<sup>709</sup> ». Aussi, convient-il de s'interroger sur les fondements contestables et les effets pervers d'une telle jurisprudence.

## **§.2. La solution jurisprudentielle, une jurisprudence restrictive et contraire au principe de la transmission universelle du patrimoine**

**426. Précisions-** La Cour de cassation a construit sa solution sur une distinction faite entre les dettes antérieures et les dettes postérieures à la fusion ou scission. Car cela permet, semble-t-il, de délimiter avec précision l'engagement de la caution. Si cette analyse de la haute juridiction a le mérite de nous donner une certaine lisibilité de l'incidence de la fusion sur le cautionnement, il n'en demeure pas moins qu'elle nous interpelle sur son fondement. Il faut faire remarquer, en effet, que le fondement de cette distinction entre dettes antérieures et dettes postérieures a ceci de cohérent en ce que, pour la haute juridiction, toutes les fois que la fusion ou scission donne lieu à la création d'une personne morale nouvelle ou absorption du bénéficiaire du cautionnement, cela provoque, sauf accord de la caution, extinction du cautionnement.

La Haute juridiction attribue donc, comme on peut le constater, un effet extinctif du cautionnement aux fusions et scissions. L'effet ainsi accordé aux opérations de fusion et scission est, au regard du droit des fusions, pour le moins contestable, et cela, tant ses fondements sont critiquables (I) que ses effets dangereux (II) et son contenu paradoxal (III). Nous verrons, enfin, l'arrêt récemment rendu par l'Assemblée plénière de la Haute juridiction, condamnant, peut-être pour toujours, la solution restrictive (IV).

### **I. Les fondements critiquables de la solution restrictive de la Cour de cassation**

---

<sup>709</sup> V. DAMY G., "Le cautionnement et la transmission universelle du patrimoine", Dr. & patr., n° 129-septembre 2004, p. 46, spéc. p. 51.

**427. Rappel des arguments, facteurs explicatifs de la solution classique-** En examinant les différentes décisions jurisprudentielles, l'analyste remarquera que trois arguments sont, de façon générale, invoqués, soit de manière successive<sup>710</sup>, soit de manière alternative<sup>711</sup>, pour expliquer et légitimer le principe jurisprudentiel. Le premier porte sur la commune intention des parties contractantes. Pour les juges, en s'engageant, la caution n'aurait nullement entendu garantir que tel créancier ou tel débiteur bien déterminé. Or, semble-t-il, le bouleversement, produit par la fusion ou scission, ne ferait pas partie des prévisions du contrat de cautionnement lors de sa conclusion. Le deuxième argument qu'on retrouve parfois, en filigrane, dans les décisions jurisprudentielles porte, quant à lui, sur l'un des piliers du droit des contrats. Il s'agit en l'occurrence du principe de l'effet relatif, consacré par le Code civil au travers de son article 1165. Que dit cet article ? Il dispose que « *les conventions n'ont point d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* »<sup>712</sup>. Autrement dit, le contrat, en l'espèce celui de cautionnement, ne peut donc créer d'obligations qu'entre les parties qui l'ont souscrit. Les tiers ne peuvent ainsi devenir ni créanciers, ni débiteurs par le seul effet d'un contrat auquel ils n'ont pas participé. Il se trouve qu'en donnant naissance à une personne morale nouvelle, la fusion ou scission fait changer les parties au contrat de cautionnement. Celles-ci n'étant dès lors plus les mêmes, la caution peut, dans ces conditions, soutenir ne pas être engagée à l'égard de la société, devenue bénéficiaire du cautionnement.

**428. L'argument relatif aux limites du cautionnement-** Le troisième argument, souvent invoqué<sup>713</sup>, pour justifier et expliquer la solution restrictive de la Cour de cassation, est l'article 2015 du Code civil. Il y est dit<sup>714</sup>, *in fine*, qu'on ne peut pas étendre le cautionnement au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. Le raisonnement des hauts magistrats est le suivant : lorsque la société bénéficiaire se trouve être une personne morale nouvelle, obliger la caution, au nom du principe de la transmission universelle de patrimoine, à garantir la continuation du cautionnement, serait contraire à cet article 2015,

<sup>710</sup> Voir en ce sens Cass. com., 20 janvier 1987 et Cass. com., 23 mars 1999 préc.

<sup>711</sup> V. Cass. com., 6 mars 1978, préc.

<sup>712</sup> Le cas prévu par l'article 1121, du Code civil, est celui de la stipulation pour autrui.

<sup>713</sup> Voir notamment Cass. com., 17 juillet 1990 : J.C.P. éd. E 1991, II, n° 143, p. 93, note GRELLIÈRE et Cass. com., 20 janvier 1987 préc.

<sup>714</sup> Selon l'article 2015 du Code civil, « *le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté.* »



précité. Car, une telle fusion ou scission élargit le domaine du contrat du cautionnement. En réalité, et nous tenterons de le montrer, aucun de ces arguments n'est incontestable. Ce qui a d'ailleurs valu de très vives et pertinentes critiques aux arrêts de la haute juridiction ayant eu recours à ces arguments<sup>715</sup>.

**429. Les arguments contestant la solution classique-** Trois séries d'arguments nous permettront de contester la pertinence de la solution classique de la jurisprudence qui veut que le contrat de cautionnement ne soit pas continué, sur fond de distinction entre obligations de règlement et de couverture, et cela, au motif que ce contrat serait conclu *intuitus personae*. La première relève tout simplement du droit des fusions et scissions (**A**), quant à la deuxième série, elle ressort du droit commun (**B**). La troisième, enfin, c'est le caractère à la fois aléatoire et divinatoire de la recherche de l'intention commune dans le contrat de cautionnement (**C**).

#### **A. Les arguments du droit des fusions et des scissions contestant la justesse de la solution classique**

**430. Caractère contestable de la solution classique-** Un auteur relevait, à très juste titre, qu' « *au regard du droit des sociétés, la position restrictive de La Cour de cassation qui n'admet pas le maintien de l'obligation de couverture de la caution pour les créances nées postérieurement à la fusion, à défaut d'accord de la caution, est extrêmement critiquable* »<sup>716</sup>. Après relecture de la nature spécifique et profonde des fusions et scissions, on ne peut en effet que contester la solution de la Cour de cassation. Rappelons, à cet effet, que le législateur a expressément<sup>717</sup> indiqué que la réalisation de telles opérations entraîne, et cela, de plein droit la transmission de la totalité du patrimoine de la société absorbée ou scindée à la société bénéficiaire. En plus, ajoute-t-il, cette transmission s'opère dans l'état où se trouve ce patrimoine à la date de réalisation définitive de l'opération. Si l'on peut comprendre le souci du juge de protéger la caution dont la situation n'est hélas pas, parfois, des plus confortables, on ne peut, en revanche, comprendre cette persistance à méconnaître le principe de la dévolution, instauré par le

---

<sup>715</sup> Voir notamment GRELLIERE, note ss Cass. com., 17 juillet 1990 préc. et BARRET, note ss Cass. com., 20 janvier 1987 : Rev. soc. 1987.397.

<sup>716</sup> V. G. DAMY, *Le cautionnement et la transmission universelle du patrimoine*, Dr. et pat. - n° 129, septembre 2004, p. 46, spéc. p. 50.

<sup>717</sup> V. notamment l'article L. 236-3, C. com.

législateur<sup>718</sup>. Une telle attitude de la Cour de cassation équivaut tout simplement au refus d'appliquer, dans sa plénitude, ce principe qui caractérise les fusions et scissions.

**431. Logique de la transmission universelle sur le cautionnement-** L'utilisation du mode indicatif par le législateur est assez révélatrice du sens de la transmission universelle. En précisant que « *la fusion ou la scission entraîne (...) la transmission universelle* » du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante ou nouvelle, et cela, dans l'état où se trouve ce patrimoine, il voulait incontestablement indiquer une chose. C'est que ladite transmission emporte transfert de l'intégralité du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante, tel qu'il existe au jour de la réalisation définitive de l'opération. En outre, cette transmission s'opère « de plein droit », c'est-à-dire sans qu'il soit nécessaire, par principe, d'observer une quelconque formalité particulière, autre que celles propres à l'opération de fusion et de scission<sup>719</sup>. Madame COQUELET faisait remarquer que l'essence et l'intérêt de la transmission universelle, consistent en ce qu'elle permet de faire l'économie du régime juridique propre à chacun des éléments d'actif et de passif composant le patrimoine, qui s'imposera, naturellement s'il était question de transfert de biens et de droits réalisés *ut singuli*<sup>720</sup>.

**432. Inutilité principielle de l'application d'un formalisme particulier-** C'est pour cela qu'il a, notamment, été jugé inutile de faire endosser, au bénéfice de la société absorbante ou nouvelle, des effets de commerce dont est titulaire la société porteuse absorbée. Il est dit, en l'espèce, que « *le transfert universel écarte l'exigence de l'endossement translatif sans que cela soit considéré comme interrompue la chaîne des endossements qui confère la qualité de porteur légitime* »<sup>721</sup>. Par conséquent, si ce principe était pleinement respecté, il devrait y avoir maintien, certes de l'obligation de règlement, mais aussi, de l'obligation de couverture de la caution pour les dettes, nées même après l'opération. Et c'est à juste titre que le Professeur LE NABASQUE soutenait que « *la logique voudrait qu'en cas de fusion-absorption d'une société caution ou créancière de l'obligation principale, le contrat de cautionnement se maintienne, même pour l'avenir, c'est-à-dire pour les dettes nées après la réalisation de l'opération de fusion* »<sup>722</sup>. Selon

<sup>718</sup> V. Cass. com., 25 novembre 1997: Bull. Joly, 1998, § 42, p. 109, note J.-F. BARBIERI; RJDA 1998/5, n° 597, p. 415.

<sup>719</sup> Voir notamment M. JEANTIN, op. cit., n° 5, p. 288 ; M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, préc., n° 1975, p. 651.

<sup>720</sup> V. M.-L. COQUELET, th. préc., p. 6.

<sup>721</sup> V. M. JEANTIN, op. cit., n° 25, p. 295.

<sup>722</sup> V. H. LE NABASQUE, *Fusion de banques et garanties*, in Mélanges AEDBF III, éd. Banque, p. 233, spéc. p. 234.

lui, la solution jurisprudentielle doit être fustigée, car « elle heurte la logique la plus élémentaire »<sup>723</sup>.

Nous y souscrivons complètement à cette analyse. Car, en dépit de la disparition du débiteur principal, le cautionnement ne devrait pas s'éteindre. Il doit, au contraire, être transmis à la société bénéficiaire puisqu'il fait incontestablement partie du patrimoine de la société créancière fusionnée ou absorbée, et cela, au même titre que la créance garantie elle-même.

**433. Rappel de l'indifférence de l'*intuitus personae* dans la continuation du contrat-** Et puis, comme nous l'avions précédemment dit, la seule nature *intuitus personae* du contrat, fût-il un contrat de cautionnement, ne peut servir de cause de rupture ou de caducité de plein droit pour la seule raison qu'il se soit réalisé une fusion ou scission<sup>724</sup>. Cela a d'ailleurs été rappelé par la Cour d'appel de Paris<sup>725</sup>. On s'était même demandé, au regard des motivations de l'arrêt, si la Cour d'appel de Paris ne cherchait pas à se démarquer de la solution classique. En effet, cette interrogation est légitime, puisque, dans cette décision, la juridiction de Paris considérait que la solution de la Cour de cassation n'avait plus de légitimité après l'entrée en vigueur de la loi du 5 janvier 1988<sup>726</sup>, loi qui consacre officiellement la règle de la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société bénéficiaire. Et, la Cour de Paris déduit, tout logiquement, que l'engagement de la caution, en tant que composant du patrimoine, doit être transmis à la société bénéficiaire ayant absorbé la société créancière. Il faut ici saluer le courage de la Cour de Paris qui, malgré les nombreux arrêts rendus par la Cour de cassation, n'a pas hésité à dire le droit tel qu'il doit être interprété et appliqué.

**434. La transmission universelle de patrimoine n'est pas constitutive de novation-** Rappelons qu'aux termes de l'article 381<sup>727</sup> de la loi du 24 juillet 1966, la société absorbante est débitrice des créanciers de la société absorbée au lieu et place de celle-ci, sans que cette substitution emporte novation. Cette absence de novation qui est la traduction même du principe de la transmission universelle, fait que la société bénéficiaire

---

<sup>723</sup> V. H. LE NABASQUE, art. préc., *idem*.

<sup>724</sup> V. *supra* n° 288.

<sup>725</sup> V. CA Paris, 19 mars 1996 : *Rev. Des sociétés*, somm., p. 356.

<sup>726</sup> Pour comprendre cette argumentation de la Cour de Paris, il faut préciser que les premières décisions de la Cour de cassation ayant contribué à l'édification de ce qui est devenu la solution classique, ont été rendues entre 1979 et 1987, c'est-à-dire bien avant la loi du 5 janvier 1988 qui a refondu et modernisé le droit des fusions et des scissions.

<sup>727</sup> Il s'agit de l'actuel article L. 236-14, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce.

représente la continuatrice de la société disparue. Par conséquent tous ceux qui étaient contractuellement tenus à l'égard de celle-ci, le sont également, par principe, à l'égard de la société bénéficiaire. Ainsi, dans notre exemple, la caution demeure toujours tenue à l'égard de la société absorbante tant pour les loyers antérieurs que postérieurs. Car, soutenir que parce que la fusion ou scission donne naissance à une société nouvelle entraîne, de droit, extinction du cautionnement, c'est affirmer, dans une certaine mesure, que l'opération de fusion emporte « novation » de l'obligation de couverture du créancier. Ce qui est totalement contraire au droit des fusions et des scissions, dont l'article L. 236-14 du Code de commerce, dispose explicitement que « *la société absorbante est débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée (...) sans que cette substitution emporte **novation** à leur égard* ». Aussi, le transfert des patrimoines des sociétés fusionnées ou absorbées englobe, de plein droit, le transfert du cautionnement et, partant, de l'obligation de couverture. Dire que la caution, comme dans l'exemple susvisé, ne saurait couvrir les loyers postérieurs à l'opération de fusion est une affirmation erronée.

Outre les arguments tirés du droit des fusions et scissions, il y a ceux qu'on peut tirer du droit commun qui vont dans le sens de la condamnation de la solution classique.

## **B. Les arguments du droit commun contestant la légitimité de la solution restrictive de la Cour de cassation.**

**435. L'article 1692 du Code civil-** Plusieurs textes peuvent être évoqués pour contester le principe jurisprudentiel. Le premier est l'article 1692 du Code civil. En vertu de cette disposition de droit commun, « *la vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que **caution**, privilège et hypothèque* ». Si, cette règle s'applique au cas de cession isolée, elle l'est, *a fortiori*, au cas de transmission universelle du patrimoine. Sauf à méconnaître la loi, on ne peut soutenir, d'un côté la transmission d'une créance et vouloir, de l'autre côté, exclure d'office ses accessoires de cette même transmission. C'est dire que le principe jurisprudentiel selon lequel le cautionnement ne couvre pas les créances postérieures à la fusion ou scission alors mêmes que lesdites créances et celles nées avant ces opérations ont pour origine le même contrat, est incompréhensible. Prenons un exemple pour illustrer notre propos. Une société signe un contrat de crédit-bail avec un établissement de crédit. Avant la conclusion définitive de

ladite convention, la banque avait requis et obtenu de la société, l'engagement d'une autre société en guise de caution. Supposons que quelques années plus tard, la société crédit-preneur se fait absorber par une autre. Quelques temps après l'opération de fusion-absorption, et face à l'incapacité de la société absorbante d'honorer ses engagements vis-à-vis de l'établissement de crédit, celui-ci se retourne contre la caution. Les dettes dont le paiement est demandé à la caution, comprennent aussi bien les loyers antérieurs que postérieurs à l'opération de fusion. Dans une telle occurrence, la société caution doit-elle s'exécuter ?

**436. Cautionnement et crédit-bail-** Il est clair que, conformément à la nature de la transmission, la caution sera tenue de payer le créancier de la société absorbée. Le contrat de crédit-bail conclu par celle-ci étant continué par la société absorbante, rien ne saurait dispenser la caution de régler tout le passif existant au jour de la demande en paiement. Elle ne pourrait diviser cette dette. En matière de transmission universelle, il n'existe pas, par nature, un droit au bénéfice de division. Autrement dit, la caution ne peut prétendre ne payer que les loyers antérieurs à l'opération de fusion. Elle est tenue de garantir l'exécution du contrat continué. Par conséquent, elle sera obligée, à l'égard du créancier, à la fois des dettes antérieures et postérieures à l'opération de fusion, comme le recommande le texte précité.

**437. Contradiction de la solution classique avec l'article 2017 du Code civil-** Le deuxième texte de droit commun qui enlève toute validité au principe jurisprudentiel, c'est l'article 2017 du Code civil. Selon les termes de cet article, « *les engagements des cautions passent à leurs héritiers, à l'exception de la contrainte par corps (...)* ». La haute juridiction affirmait, à ce propos, que les héritiers, en tant que continuateurs de la personne de leur auteur caution, sont tenus de ses dettes, et ce, mêmes de celles qui ne sont pas encore exigibles<sup>728</sup>. Construit, on le sait, sur le modèle du droit des successions<sup>729</sup>, la transmission universelle du patrimoine fait de la société bénéficiaire, continuatrice de la société dissoute sans liquidation. Aussi, la société absorbante ou nouvelle qui recueille le patrimoine de la société caution ou débitrice absorbée, sera, tout logiquement, au terme de

---

<sup>728</sup> V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 juillet 1994 : JCP éd. N 1995, II, 652, note LEVENEUR ; Bull. civ. I, n° 258, p. 187 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juin 1997 : Bull. Civ. I, n° 194, p. 129 ; Cass. com., 14 novembre 1966, D. 1967.198.

<sup>729</sup> V. COQUELET M.-L., thèse préc.

la fusion, bénéficiaire de tous les engagements contractuels figurant dans ce patrimoine, dont notamment l'engagement de caution<sup>730</sup>.

**438. Méconnaissance de l'article 2017 du Code civil-** On peut aisément le remarquer, l'article 2017, au contraire, consacre la continuation de l'engagement de la caution à ses ayants cause universels même pour les créances qui naîtront après son décès ou sa dissolution. Son engagement couvre, de droit, à la fois les créances antérieures que postérieures de la société, débitrice principale. Ce qui permet de dire, en affirmant que « *la fusion de sociétés donnant lieu à la formation d'une personne morale nouvelle, l'obligation de la caution qui s'était engagée envers l'une des sociétés fusionnées n'est maintenue pour la garantie des dettes postérieures à la fusion que dans le cas d'une manifestation expresse de la caution de s'engager envers la nouvelle personne morale* », la Haute juridiction outrepassa aussi bien la lettre que l'esprit de l'article 2017 du Code civil<sup>731</sup>.

**439. De l'article 2015 du Code civil-** La Cour de cassation, dans certaines de ces décisions, se fonde aussi sur l'article 2015 du Code civil<sup>732</sup>. Selon elle, cette disposition empêcherait que la caution couvre les dettes nées postérieurement à l'opération de transmission universelle de patrimoine. Elle reprochait ainsi à une Cour d'appel<sup>733</sup> d'avoir fait survivre l'obligation de couverture de la caution pour les dettes de loyers et d'impôts nées postérieurement à l'opération de fusion sans avoir recherché si la caution avait manifesté son intention de s'engager envers la société absorbante. Ce faisant, conclut-elle, la Cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision tant au regard de l'article 371<sup>734</sup>, de la loi du 24 juillet 1966, que de l'article 2015 du Code civil. Avant de montrer que ce texte ne justifie aucunement le principe jurisprudentiel, rappelons d'abord son contenu.

**440. Le sens de l'article 2015 du Code civil-** Selon ce texte, « *le cautionnement ne se présume point; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans*

---

<sup>730</sup> V. art. L. 236-14, al. 1, C. com. et Cass. com., 17 octobre 1978 : Bull. IV, n° 231, p. 195 ; Cass. com., 11 déc. 1978 : Bull. IV, n° 304, p. 250.

<sup>731</sup> V. en ce sens N. MORELLI, *Le sort du cautionnement dans les opérations de fusions*, Bull. Joly-juillet 2004, § 186, p. 933, spéc. p. 935.

<sup>732</sup> V. Cass. com., 23 mars 1999, Les P.A.- 4 février 2000, n° 25, p. 15.

<sup>733</sup> Il s'agit de celle de Paris, dans un arrêt du 4 juillet 1996. Voir pour cela Cass. com., 23 mars 1999 préc.

<sup>734</sup> Il s'agit de l'actuel article L. 236-1, du Code de commerce. Nous avouons ne pas comprendre le pourquoi du recours à ce texte par la haute juridiction pour refuser la continuation du cautionnement. Car cet article consacre la possibilité pour une ou plusieurs sociétés de transmettre, par voie de fusion ou de scission, leur patrimoine, à une autre société existante ou nouvelle. Ce texte déclare aussi que cette possibilité est ouverte aux sociétés même en liquidation à condition que la répartition de leurs actifs entre les associés n'ait fait l'objet d'un début d'exécution.

*lesquelles il a été contracté* ». En suivant le raisonnement des Hauts magistrats, la société créancière ou débitrice ayant disparu, du fait de son absorption par une autre ou parce qu'ayant fusionné avec une autre pour donner naissance à une société nouvelle, l'obligation de la caution ne saurait survivre, sans un accord exprès de sa part de s'engager envers la société bénéficiaire de la transmission universelle<sup>735</sup>. Pour que son engagement soit maintenu au bénéfice de la société absorbante ou nouvelle, il faudrait donc un accord « exprès » de sa part. Or, cette analyse de la Cour de cassation est erronée.

**441. Détournement du sens de l'article 2015 du Code civil-** L'article 2015 du Code civil ne dit pas que la caution doit exprimer un nouveau consentement pour que le cautionnement se poursuive. Cette exigence du caractère exprès du cautionnement formulée par ce texte ne porte, en réalité, que sur l'objet de ce contrat<sup>736</sup>. On sait notamment que l'obligation de la caution, pour être valable, doit expressément indiquer sur ce quoi elle porte. C'est une exigence qui est faite pour la protéger. C'est également, dans cet esprit, qu'il est requis la constatation par écrit de l'engagement de la caution. Ainsi, cette exigence de l'article 2015 ne concerne pas les parties, mais, au contraire, l'objet même du contrat, c'est-à-dire la nature et le montant des dettes garanties. Il est évident que ce texte interdit que le cautionnement profite à un autre créancier ou un autre débiteur, outre ceux expressément cités dans le contrat. Toutefois, il n'interdit nullement sa continuation au profit de l'ayant cause du débiteur principal ou du créancier, particulièrement dans le cadre spécifique des fusions et des scissions. Aussi, il nous apparaît hautement douteux de soutenir que c'est étendre le cautionnement au-delà de ses limites contractuelles le fait d'admettre son maintien au profit de la société, bénéficiaire de la transmission universelle. C'est dire que, le cautionnement, élément composant du patrimoine social transmis à la société absorbante, engage de droit la caution, tant que le contrat garanti se poursuit. Aussi, à l'instar des autres créanciers de la société absorbée, la caution ne saurait user opportunément de la fusion ou de la scission pour éluder ses obligations contractées en toute conscience et liberté.

---

<sup>735</sup> Voir notamment Cass. com., 20 janvier 1987 et Cass. com., 23 mars 1999 préc. ; Cass. com., 22 janvier 1985 : J.C.P. éd. G. 1986, II, n° 20591, note Ph. SIMLER. Ce dernier arrêt porte sur un cas d'une société créancière qui s'est scindée au bénéfice d'autres sociétés.

<sup>736</sup> Voir en ce sens l'analyse de M. KEITA sous Cass. com., 23 mars 1999 préc.

**442. Des articles 1134 et 1165 du Code civil-** La Cour de cassation invoque aussi, quelque fois, les articles 1134 et 1165 du Code civil <sup>737</sup>, pour justifier sa solution restrictive. Peut-on vraiment soutenir qu'un contrat ne peut survivre au changement se produisant dans la personne de l'un des cocontractants en invoquant les textes susvisés ? L'analyse du droit positif <sup>738</sup> nous autorise à répondre négativement. Ces dispositions ne peuvent servir d'obstacles à la transmission du contrat dans le cadre spécifique des fusions et des scissions. D'abord, l'article 1165 n'est pas ici en cause, car comme nous l'avons déjà expliqué, la société absorbante, ayant cause universel de la société absorbée, n'apparaît pas comme tiers au regard du contrat figurant dans le patrimoine social recueilli. Il n'est pas, ensuite, en cause, dès lors qu'il ne s'agit pas de créer à la charge du cocontractant de la société absorbée une obligation à laquelle il n'aurait pas consenti. Et c'est justement le cas, puisqu'il s'agit du même contrat qui continue entre ce cocontractant et le continuateur de la société absorbée, c'est-à-dire la société absorbante ou nouvelle.

**443. La force obligatoire du contrat, fondement du maintien de l'obligation de couverture-** On peut, de plus, ajouter que l'article 1134, à son tour, impose à la caution de couvrir toutes les créances de la société bénéficiaire. L'opération de fusion ou de scission n'ayant pas pour objet et conséquence de créer, à la charge du cocontractant, des obligations nouvelles, ou d'éluder ses droits, rien ne justifie l'extinction de l'obligation de couverture. Comme on peut le constater, ni les dispositions du Code civil souvent invoquées, encore moins celles du droit des sociétés, ne s'opposent à la poursuite, de droit, du cautionnement, dans son intégralité, au profit de la société bénéficiaire. Toujours soucieuse de venir au secours de la caution, la Cour de cassation invoque aussi l'intention des parties au contrat, pour refuser la poursuite du cautionnement.

### **C. L'intention commune des parties, facteur de caducité du cautionnement ?**

---

<sup>737</sup> Voir notamment Cass. com., 23 mars 1999, et Cass. com., 20 janvier 1987 préc.

<sup>738</sup> En effet tant l'article L. 236-3 du Code de commerce, qui postule la continuation de l'ensemble du patrimoine de la société dissoute sans liquidation, que les articles 37 et 86, de la loi du 25 janvier 1985, autorisant la continuation des contrats en cours dans le cadre d'un plan de cession de la société contractante, suffisent à refuser que le seul changement dans la personne de la partie contractante empêcherait la poursuite du contrat.



**444. Recherche de la commune intention, un argument divinatoire-** Pour la Cour de cassation<sup>739</sup>, en s'engageant, la caution ne viserait à garantir que tel créancier bien déterminé ou tel débiteur principal donné. Aussi, la modification provoquée par l'opération de fusion ou de scission n'entrerait pas dans les prévisions du contrat au jour de sa conclusion<sup>740</sup>. En d'autres termes, l'absorption ou la fusion de la société créancière ou débitrice constituerait un élément nouveau dans l'exécution du cautionnement, qui ne saurait engager la caution. Comme le relevait à juste titre un auteur, la recherche d'une telle intention relève de la « *divination* »<sup>741</sup>. Il ne peut, à notre avis, justifier la non exécution par la caution de son obligation à l'égard de la société bénéficiaire, et cela, pour une raison toute simple.

**445. Absence d'interruption entre les parties contractantes en cas de fusion ou de scission-** Contrairement à ce qu'on pourrait, en général, imaginer la réalisation d'une opération de fusion ou de scission, n'implique pas forcément et toujours, de véritable rupture entre les parties<sup>742</sup>. Celles-ci continuent, en effet, malgré tout de collaborer ensemble sans aucune espèce de discontinuité. Prenons l'exemple d'une entreprise qui entretient une relation d'affaires avec un établissement bancaire. Ce n'est pas parce que celui-ci se fait absorber par un autre que pour autant cette relation va *de facto* muter. On peut notamment constater que même après l'opération de fusion-absorption, les interlocuteurs personnes physiques entre les deux entreprises restent, dans certains cas, les mêmes. Mieux, c'est que, dans nombre de cas, la caution, qu'elle soit le dirigeant de l'entreprise ou une autre société, ne soulève pas de problèmes particuliers à cette opération. Il est vrai, certes que dans certaines hypothèses, le bouleversement apporté par l'opération de fusion ou de scission sera beaucoup plus profond. Et qu'il peut être dès lors légitime, pour la caution, d'être inquiète, lorsque le débiteur principal disparaît, et cela, d'autant plus qu'elle s'est engagée en considération de sa personne et/ou de sa solvabilité. Mais, même en une telle occurrence, rien ne prouve, *a priori*, que l'exécution du contrat garanti par la caution, serait nécessairement dangereuse pour les intérêts de celle-ci. On aurait plutôt tendance à penser le contraire, du fait de l'accroissement économique de la société bénéficiaire.

---

<sup>739</sup> Voir en ce sens : Cass. com., 20 janvier 1987, Rev. soc. 1987, p. 397, note O. BARRET ; Cass. com., 17 juillet 1990, J.C.P. éd. E. 1991, II, n° 143, p. 93.

<sup>740</sup> V. G. DAMY, *Le cautionnement et la transmission universelle du patrimoine*, op. cit., spéc. p. 51.

<sup>741</sup> V. G. DAMY, art. préc. *ibid.*

<sup>742</sup> V. G. DAMY, art. préc. *ibid.*

**446. Les fusions intra-groupes-** En outre, quelle serait la valeur de la recherche d'une telle intention lorsqu'on sait que de plus en plus de fusions s'opèrent entre sociétés appartenant à un même groupe. Il faut en effet noter qu'une opération de fusion peut représenter une simple restructuration interne à un groupe, sans que cela implique de profonds bouleversements autres que la disparition d'une structure juridique. Imaginons une société mère qui absorbe sa filiale détenue à 100 %. Comment, dès lors en une telle occurrence, peut-on prétendre à la non continuation de l'obligation de couverture sous prétexte que la caution, en s'engageant, ne voulait garantir que tel débiteur principal ou tel créancier. Peu importe que le créancier ou le débiteur soit la société absorbante ou absorbée, on doit conclure à la transmission du cautionnement à la société bénéficiaire. Une telle analyse est d'autant plus logique que cette même société bénéficiaire a recueilli la créance dont dépend le cautionnement. Celui-ci, en tant qu'accessoire est, par principe, destiné à subir le même sort que ladite créance. Il ne faut pas perdre de vue que le cautionnement reste et demeure une sûreté accessoire. Un tel caractère résulte de la définition qui lui a été donné par le Code civil, lui-même, au travers de son article 2011<sup>743</sup>.

**447. Caractère accessoire du cautionnement, fondement de sa continuation-** Ce caractère accessoire du cautionnement, qui le distingue notamment de la garantie autonome à première demande<sup>744</sup>, explique sa dépendance à l'égard de l'obligation principale garantie. C'est au nom de ce lien de dépendance, qu'à la fois l'existence, la validité et l'étendue du cautionnement sont fonction de l'existence, de la validité et de l'étendue de l'obligation principale garantie. C'est ce qui explique aussi que le cautionnement en considération duquel un crédit a été consenti, subsiste tant que ce prêt n'est pas remboursé<sup>745</sup>. En d'autres termes, tant que le contrat garanti est valable, le cautionnement l'est davantage. Or, ce contrat a été transmis à la société absorbante ou nouvelle. Par conséquent, en vertu de ce lien de dépendance et du principe de la transmission universelle de patrimoine, le cautionnement est, par principe, transféré au bénéfice de la société

---

<sup>743</sup> Selon l'article 2011 du Code civil, le cautionnement traduit l'engagement pris par quelqu'un de payer le dette d'un tiers si ce tiers ne paie pas, engagement qui trouve sa cause dans l'existence d'une dette de ce tiers à l'égard de l'établissement de crédit, par exemple.

<sup>744</sup> Généralement délivrée par une banque, une telle garantie, contrairement au cautionnement, est indépendante de l'obligation dont elle assure l'exécution. Ce qui fait que son étendue n'est pas tributaire de celle de l'obligation principale. En outre, le garant ne saurait opposer au créancier une exception tirée du contrat principal, fût-elle sa validité ou son extinction. Enfin, si cette garantie est à première demande, elle doit être exécutée sans délai et conditions, sauf fraude ou abus manifestes du bénéficiaire de la garantie. V. Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 3<sup>e</sup> éd., Litec, 2000, p. 32.

<sup>745</sup> C'est, en outre, au nom de ce lien de dépendance que la caution ne saurait être tenue de payer des intérêts à un taux supérieur à celui des intérêts dus par le débiteur principal.

absorbante, peu importe que la créance soit née avant ou postérieurement à l'opération. Le contrat principal étant valable et transféré, le contrat accessoire doit suivre celui-ci. D'où, d'ailleurs les quelques résistances qu'on observe chez certaines Cours d'appel<sup>746</sup> qui continuent de défier la Cour de cassation, en refusant d'appliquer sa solution sommes toutes contraire à la règle de la transmission universelle de patrimoine. Si ce critère de la commune intention est retenue, il suffira à toute caution qui souhaiterait ne plus tenir ses engagements, de prétendre qu'en souscrivant au cautionnement il entendait s'engager pour tel débiteur principal et au profit de tel créancier. Ce qui sera préjudiciable au principe de la transmission universelle de patrimoine. Si la caution veut éviter la continuation de son engagement, il lui sera conseillé d'inclure une stipulation dans l'acte de cautionnement, stipulation qui ferait de la modification dans la situation juridique du créancier ou du débiteur un critère de caducité. Ainsi, il serait souhaitable, que la Cour de cassation, afin de ne pas artificiellement priver le principe de la transmission universelle de sa plénitude, de revenir à une certaine orthodoxie juridique<sup>747</sup>, susceptible de mettre fin aux effets pervers de sa solution classique.

## **II. La solution restrictive de la Cour de cassation, une solution aux effets pervers pour les restructurations d'entreprises**

**448.** Afin de mieux comprendre les implications perverses et inéluctables du principe jurisprudentiel (B), il serait intéressant de s'attarder un peu sur son origine (A).

### **A. L'origine de l'extinction critiquable de l'obligation de couverture**

---

<sup>746</sup> V. Dans un arrêt, en date du 19 mars 1996, la Cour d'appel de Paris a, de façon nette, affirmé que les engagements de la caution, en tant qu'éléments du patrimoine de la société absorbée, se transmettent de plein droit à la société absorbante, et cela, en application de la règle de la transmission universelle de patrimoine. (V. Paris, 19 mars 1996 : Rev. soc. 1996, somm. Jurisp., p. 357, obs. Y. GUYON.) La Cour de cassation a également censuré l'arrêt d'une Cour d'appel qui a déclaré transmissibles, de droit tant l'obligation de règlement que celle de couverture d'une caution, au profit de la société absorbante : V. Cass. com., 25 novembre 1997 cité par M. KEITA, note sous Cass. com., 23 mars 1999 préc.

<sup>747</sup> V. Cass. com., 19 avril 1972, préc.

**449. L'ayant cause personne physique-** Il convient de noter, en effet, que le principe restrictif de la jurisprudence résulte d'une transposition à la fois malencontreuse et douteuse d'une solution destinée aux personnes physiques. Le Professeur LE NABASQUE disait, à ce propos, que de « *l'examen des arrêts (de la Haute juridiction s'entend) laisse observer qu'ils ont été rendus, dans presque tous les cas de figure, dans l'intérêt des cautions personnes physiques, lesquelles, le plus, garantissaient les engagements des sociétés qu'elles dirigeaient dans l'intérêt d'un établissement financier ou d'une personne morale, finalement absorbés* »<sup>748</sup>. En effet, à l'origine et cela, conformément à l'article 2017 du Code civil, lorsque les héritiers de la caution acceptaient la succession dans son ensemble, les magistrats les déclaraient tenus, de droit, des obligations stipulées dans le contrat de cautionnement. Ce qui est logique tant à l'égard du texte susvisé qu'à celui du principe de la transmission héréditaire. Tel était le cas de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 novembre 1966<sup>749</sup>, dans lequel elle déclarait les héritiers tenus de toutes les dettes, antérieures et postérieures au décès de la caution<sup>750</sup>. Toutefois, les juges se sont rendus compte que si une telle conséquence ne pose pas de difficultés spécifiques pour les héritiers, dans le cadre de la garantie d'une ou de plusieurs dettes déterminées, il n'en est pas ainsi lorsqu'il s'agit d'un cautionnement *omnibus*<sup>751</sup>.

**450. La Cour de cassation au secours des héritiers-** En ce cas, les héritiers vont être appelés à honorer des engagements lourds, particulièrement lorsque l'actif du patrimoine recueilli est inférieur au passif. On considère injuste<sup>752</sup>, dans ce cas, de déclarer les héritiers tenus de l'ensemble des dettes, particulièrement de celles nées postérieurement au décès de leur auteur. C'est donc pour voler au secours des héritiers et ce, avec les encouragements de la doctrine<sup>753</sup>, que la Haute juridiction est revenue sur sa décision du 14 novembre 1966.

<sup>748</sup> V. H. LE NABASQUE, art. préc., p. 237.

<sup>749</sup> V. Cass. com., 14 novembre 1966: Bull. civ., III, n° 427.

<sup>750</sup> Dans cette décision, on constatera que la Haute juridiction n'a pas utilisé la fameuse distinction entre obligations de règlement et de couverture.

<sup>751</sup> Il s'agit du cautionnement général garantissant des dettes indéterminées.

<sup>752</sup> V. G. DAMY, op. cit., p. 46.

<sup>753</sup> V. en ce sens Ch. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, op. cit., n° 255 et s. ; RAYNAUD et JESTAZ, *Les sûretés, la publicité foncière*, Sirey, 2è éd., 1980, n° 616 cité par O. BARRET in note sous Cass. com., 20 janvier 1987 : Rev. soc. 1987, p. 397, spéc., p. 400.

**451. L'arrêt du 29 juin 1982-** C'est par un arrêt du 29 juin 1982<sup>754</sup>, plusieurs fois confirmé<sup>755</sup> que la Cour de cassation décide que, désormais, le décès de la caution éteint le cautionnement pour l'avenir. Aussi, les héritiers ne seront plus tenus des dettes qui naîtront postérieurement au décès de la caution. En réalité, on peut se demander ce qui justifie ce revirement jurisprudentiel, alors même que les juridictions de fond et la Cour de cassation affirmaient, quelque temps auparavant, et cela en visant explicitement l'article 2017 du Code civil, la transmission de plein droit du cautionnement d'un compte courant aux héritiers<sup>756</sup>. Pour comprendre cela, il suffit juste de se référer au commentaire de Christian MOULY à propos de l'arrêt du 29 juin 1982. Il reconnaît lui-même que la solution antérieure de la jurisprudence était conforme au droit, car conforme au principe de la transmission universelle de patrimoine. Il disait que cela était rigoureux<sup>757</sup>, car résultant d'une interprétation à la lettre de l'article 2017 du Code civil. Selon lui, la solution antérieure de la jurisprudence aboutissait à la condamnation des héritiers « innocents ». L'équité devrait, par conséquent, amener les juges à admettre que les héritiers ne soient pas, de droit, tenus de continuer un cautionnement général, sans leur accord explicite. C'est donc pour protéger les héritiers, au nom d'une certaine équité, que la Cour de cassation a procédé à ce revirement.

**452. Logique du droit des successions-** Si cette solution peut, dans une certaine mesure, être compréhensible en droit des successions, en revanche elle est incompatible avec le droit des entreprises. Il est possible que les héritiers ignorent l'importance ou encore la portée d'un cautionnement indéterminé. Ils peuvent ainsi se retrouver tenus de dettes supérieures tant au patrimoine du *de cujus* qu'à leur propre patrimoine. Mais, tel est le principe en droit des successions. Dès lors qu'ils acceptent la succession, il n'y a pas de raisons particulières de rejeter certains de ses éléments. La loi peut certes être dure, dans certains cas, mais c'est quand même la loi. Si cette solution a le mérite de la clarté, elle n'en invite pas moins à s'interroger sur ses effets pervers, dans le domaine particulier des restructurations.

<sup>754</sup> V. Cass. com., 29 juin 1982 : D. 1983, p. 360, note Ch. MOULY ; J.C.P. 1984, II, 20148, obs. P. BOUTEILLER; Rev. soc. 1984, p. 86, note M. CABRILLAC.

<sup>755</sup> V. notamment Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 décembre 1969, Bull. civ. I, n° 396, p. 317 ; D. 1970, somm. 146 cités par Ch. MOULY, note sous 29 juin 1982 préc.

<sup>756</sup> V. en ce sens Besançon, 6 février 1884, D. 1885.2.31 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ. 16 décembre 1969 préc.

<sup>757</sup> V. Note sous Cass. com., 29 juin 1982 préc., spéc., p. 361.

## **B. Les effets pervers de la solution restrictive de la Cour de cassation**

**453. La solution jurisprudentielle-** C'est donc, sur le fondement d'une douteuse extinction de l'obligation de couverture, que la Cour de cassation s'est autorisée à alléger le sort de la caution, en invoquant le décès de celle-ci comme cause de caducité du cautionnement, violant de ce fait les règles du Code civil<sup>758</sup>.

**454. L'abus de la transposition de la solution jurisprudentielle aux personnes morales-** C'est sur le fondement d'un raisonnement par analogie que la Cour de cassation a repris « *pour modèle et pour principe une solution jurisprudentielle critiquable* »<sup>759</sup>, rendue en matière de successions, pour la transposer en droit des fusions et scissions. Bien sûr, le principe même de la transmission universelle en droit des sociétés a été emprunté au droit des successions. Mais, de là à considérer que la disparition de la société caution, débitrice ou encore de la société caution, du fait d'une fusion ou scission met, *de facto*, fin au cautionnement, est particulièrement abusif. Car, contrairement à la disparition d'une personne physique qui résulte d'un fait, le décès, la dissolution de la société absorbée ou scindée résulte, au contraire, d'un acte juridique, la convention de fusion ou de scission. Cette solution qui met fin à l'obligation de couverture, comme le constatait un auteur<sup>760</sup>, est hautement contestable. Pour un autre, ce principe jurisprudentiel, outre d'être incertain en droit des successions, est manifestement incohérent en droit des fusions et scissions<sup>761</sup>.

**455. Les conséquences perverses de la solution jurisprudentielle : risque de fraudes-** Par cette analyse, la Cour de cassation risque d'ouvrir la porte à des abus de la part des cautions, qui pourraient être tentées de saisir cette opportunité incroyable pour éluder leurs obligations. Ceci est particulièrement risqué pour les établissements de crédits<sup>762</sup>. A trop vouloir protéger les cautions, on risque fortement de moins protéger les intérêts des autres, notamment du créancier. En effet, une telle position de la jurisprudence, ressemble, quelque part, à une sorte d'invitation, adressée aux cautions, à refuser de tenir

---

<sup>758</sup> V. S. PIEDELIEVRE, *Les sûretés*, Armand Colin, 2001, 3<sup>e</sup> éd., p. 87.

<sup>759</sup> V. N. MORELLI, *Le sort du cautionnement dans les opérations de fusions*, Bull. Joly sociétés-juillet 2004, § 186, p. 933, spéc. p.935.

<sup>760</sup> V. N. MORELLI, art. préc. Idem.

<sup>761</sup> V. G. DAMY, art. préc., spéc. P. 46 et 47.

<sup>762</sup> V. H. LE NABASQUE, op. cit., p. 234 et s.

leurs engagements lors d'une opération de fusion ou de scission, mettant en cause la société débitrice ou la banque créancière.

**456- La mauvaise foi des cautions-** Et ceci est d'autant plus vrai que dans nombre de cas, les cautions ne voient aucun inconvénient à l'opération de fusion ou de scission. Elles décident de ne pas honorer leurs engagements uniquement lorsque le créancier les appelle au paiement. C'est seulement en ce moment-là qu'elles prétendent ne s'être pas engagées à l'égard de la société absorbante ou nouvelle. C'est ce qui est d'ailleurs arrivé dans l'affaire jugée le 20 janvier 1987<sup>763</sup>. L'histoire est classique. Des individus se sont portés cautions pour les dettes d'une société auprès de ce qui était auparavant la Banque nationale pour le commerce et l'industrie (BNCI). Quelques années après celle-ci fusionna avec le Comptoir national d'escompte de Paris (CNEP) pour donner naissance à la Banque nationale de Paris (BNP). Le traité de fusion a comme d'ordinaire prévu la transmission de plein droit de tous les droits et obligations, dont notamment les garanties personnelles et réelles, des sociétés fusionnées au profit de la société nouvelle. Il convient de préciser qu'après l'opération le compte courant ouvert au nom de la société cautionnée auprès de la BNCI continua de fonctionner sans interruption, ni modification. A la clôture du compte, le débiteur principal étant incapable de régler le solde débiteur, la BNP, ayant cause universel de la BNCI, s'est tout naturellement tournée vers les cautions. La question classique posée, en l'espèce, était de savoir si l'engagement pris par les cautions en faveur de la BNCI avait été ou non transféré à la société issue de la fusion. Conformément au principe de la transmission universelle de patrimoine, les juges du fond répondent que l'engagement des cautions avait bel et bien été transféré au profit de la société bénéficiaire nouvelle. Ces mêmes juges ajoutent, en outre, que le comportement des cautions « qui ne pouvaient ignorer la poursuite des relations de la société Descamps (débiteur principal avec la BNP » justifie le maintien du cautionnement. Mais, la Cour de cassation censura cette décision des juges du fond en posant le principe qui suit, qui est depuis constamment réaffirmé : « *En cas de fusion de sociétés donnant lieu à la formation de personne morale nouvelle, l'obligation de la caution qui s'était engagée envers l'une des sociétés fusionnées n'est maintenue pour la garantie des dettes postérieures à la fusion que dans le cas d'une manifestation expresse de la caution de s'engager envers la nouvelle personne morale* ». Cela signifie que lorsque la société débitrice, créancière se fait absorber ou fusionne avec

---

<sup>763</sup> V. Cass. com., 20 janvier 1987 préc.

une autre, le cautionnement devient caduc, car l'obligation de couverture s'éteint de droit. Ce qui est totalement contraire au principe de la transmission universelle. Comme nous l'avions déjà dit, les fusions et scissions ne sont pas, par principe, des causes de caducité des contrats figurant dans le patrimoine de la société absorbée<sup>764</sup>, ainsi que le confirme l'article L. 236-3 du Code commerce.

**457. Risques pour le crédit-** C'est donc par un certain nominalisme juridique que la Cour de cassation permet à une caution de pouvoir délibérément se soustraire de ses engagements. Une telle solution peut amener des établissements de crédit ou financiers à être tentés de ne pas financer certaines opérations financières<sup>765</sup>.. Mieux, c'est que cette façon de libérer la caution peut conduire, dans certains cas extrêmes, à empêcher certaines opérations de restructurations, qui se révèlent pourtant être nécessaires tant au progrès économique qu'à la création ou la préservation d'emplois. A notre avis, il est manifestement aberrant que la Cour de cassation admette, au nom du principe de la transmission universelle de patrimoine, le transfert d'un contrat tout en refusant celui de la garantie qui lui est attachée. Ceci est d'autant plus contestable que le contrat transféré à la société absorbante ou nouvelle constitue le fondement même de la garantie dont la transmission est, en revanche, récusée par la jurisprudence. Au-delà de son caractère pervers pour le crédit et les restructurations, cette solution jurisprudentielle n'en est pas moins paradoxale.

### **III. La solution restrictive de la jurisprudentielle, une solution paradoxale**

**458. Le paradoxe de la solution classique-** Le caractère contestable de la solution jurisprudentielle, outre d'être contraire au droit et d'avoir des effets susceptibles de pervertir le crédit et les restructurations d'entreprises, vient également de ce qu'elle est porteuse de paradoxe. Ce paradoxe vient de ce que la caution demeure tenue dans l'hypothèse d'une transformation de la société créancière ou débitrice. Il faut rappeler que le changement de forme juridique de la personne morale ou de la recomposition de son

---

<sup>764</sup> V. supra n° 273.

<sup>765</sup> V. L. LEGOUET, *L'incidence des fusions de banques sur les garanties*, préc. p. 21 et s.



capital n'est pas, par principe, constitutif, d'une cause de caducité de ses engagements ou de ceux dont elle profite. Sur ce point, la jurisprudence est quasi constante et a connu des illustrations assez nombreuses. Elle considère que la transformation d'une entreprise n'est pas de nature à rompre les engagements des tiers<sup>766</sup>. Selon elle, la transformation de la société n'entraînant pas création d'un nouvel être moral<sup>767</sup>, cela doit demeurer sans incidence sur le cautionnement que ce changement ait atteint la société caution ou cautionnée<sup>768</sup>. Or, la disparition de la société débitrice ou caution, à l'issue d'une fusion, n'en est pas moins ou plus porteuse d'incertitudes que sa transformation en une autre forme. La caution a-t-elle le droit de refuser de garantir les dettes de la société débitrice, parce que celle-ci d'une société à responsabilité limitée est devenue une société anonyme ? Ou encore, peut-elle se soustraire, parce qu'elle-même a changé de forme ? La réponse, bien évidemment est négative, car, encore une fois, la transformation d'une société n'est pas une cause de rupture de contrats. Et, pourtant, dans certains cas la transformation d'une société comporte des conséquences beaucoup plus profondes qu'une simple fusion ou scission.

**459. Cas de fusion entre sociétés proches-** Prenons le cas d'une société holding qui absorbe sa filiale détenue à 100 %, bénéficiaire d'un cautionnement. Qu'est-ce qui peut justifier, en cette occurrence, que la caution refuse de continuer de couvrir la créance de la société absorbée transférée à la société holding absorbante ? Ni le lien de capital, encore moins le principe de la transmission universelle de patrimoine ne sauraient autoriser la caution à arguer de la disparition de la filiale pour refuser de garantir le compte courant qui continue de fonctionner. Supposons cette fois-ci, une société en nom collectif dont certains de ses engagements sont couverts par une caution, se transforme en une société à responsabilité limitée. Les associés qui étaient auparavant tenus des dettes sociales d'une manière solidaire et indéfinie, vont se retrouver, grâce à cette transformation, avec une responsabilité limitée. Convenons-en, le changement apporté par cette transformation est beaucoup plus profond et dangereux à la fois pour les intérêts de la caution et du créancier que l'opération de fusion-absorption, précédemment invoquée<sup>769</sup>. Un arrêt de la Cour de

<sup>766</sup> V. J. MESTRE et D. VELARDOCCIO-FLORES, *Lamy sociétés commerciales*, 2003, n° 1400.

<sup>767</sup> C'est ce que dit la loi, en l'occurrence l'article 1844-3, du Code civil pour toutes les sociétés et l'article L. 210-6 du Code de commerce.

<sup>768</sup> V. notamment Cass. com., 2 octobre 1979, Rev. soc. 1981.73, note Ch. MOULY ; Cass. com., 8 novembre 1972 et 9 avril 1973, D. 1973.753, note Ph. MALAURIE ; Cass. com., 20 février 2001 : Rev. soc. 2001.807, note C. MALECKI.

<sup>769</sup> V. M. COZIAN, A. VIANDIER et FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 17<sup>e</sup> éd., Litec, 2004, p. 191, n° 403.

cassation illustre d'ailleurs une telle hypothèse<sup>770</sup>. En l'espèce, une société civile, qui bénéficiait d'un cautionnement, s'était transformée en société à responsabilité limitée. Il avait été jugé que le cautionnement se poursuit puisqu'il n'y avait pas eu création d'un nouvel être moral. Sauf que cette transformation avait sérieusement aggravé la portée de la caution, étant donné que la nouvelle forme adoptée par la société faisait perdre à la caution son recours subrogatoire contre les associés. Cet argumentaire présenté par la caution, accepté par les juges du fond, a été rejeté par la Haute juridiction. Ce qui a valu à cette décision des critiques sévères de la part de la doctrine<sup>771</sup>.

**460. Incertitude du principe jurisprudentiel-** L'incertitude du principe jurisprudentiel est particulièrement incompréhensible à propos de la disparition du créancier. On peut comprendre que la caution s'engage en tenant compte de la personnalité du débiteur. Ceci est d'autant plus normal lorsqu'elle garantit des dettes futures et indéterminées, car, dans ce cas, l'*intuitus personae* lui servira de « baromètre » à propos de l'étendue éventuelle des dettes à couvrir<sup>772</sup>. On pourrait, dès lors, comprendre qu'il y ait des inquiétudes lorsqu'il surviendra un changement dans la personne de ce débiteur. Une telle appréhension bien que compréhensible, reste tout de même contestable. Elle l'est, encore plus, lorsque le refus de la continuation de l'obligation de couverture est consécutive à un changement survenu dans la personne du créancier. Le Professeur PORACCHIA faisait remarquer, à très juste titre, que la solution de la Cour de cassation est, à ce propos, excessive<sup>773</sup>. Selon cet auteur, et nous partageons la pertinence de son analyse, « *on voit mal en quoi le changement de créancier étend le cautionnement au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté, puisque le contrat dont l'exécution est garantie n'a pas été modifié* »<sup>774</sup>. Rien ne justifie, en l'espèce, l'extinction du cautionnement. Monsieur SIMLER considère, à cet égard, que « *dans les rapports caution-créancier, l'argument tenant à l'intuitus personae tombe* »<sup>775</sup>. Car, la mutation dans la personne du créancier « *ne modifie ni l'objet ni la cause du cautionnement* »<sup>776</sup>. Et,

<sup>770</sup> V. Cass. com., 20 février 2001: Bull. Joly 2001, § 154, p. 611, note H. LE NABASQUE; Dr. soc. 2001, n° 91, note Th. BONNEAU; J.C.P. éd. E. 2001, p. 895, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

<sup>771</sup> V. Cass. com., 20 février 2001, Bull. Joly 2001, § 154, p. 611, note H. LE NABASQUE; J.C.P. éd. E. 2001, p. 895, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN; Dr. soc. 2001, n° 91, note Th. BONNEAU.

<sup>772</sup> V. N. MORELLI, op. cit., p. 940.

<sup>773</sup> V. D. PORACCHIA, note ss Cass. 1re civ., 28 septembre 2004, Dr. & patr., n° 135-mars 2005, p. 96, spéc. p. 98.

<sup>774</sup> V. D. PORACCHIA, ibid.

<sup>775</sup> V. Ph. SIMLER, note ss Cass. com., 22 janvier 1985 préc.

<sup>776</sup> V. D. PORACCHIA, op. cit., p. 98.

apparemment, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation n'a pas été insensible aux nombreuses critiques que continue de susciter le principe jurisprudentiel.

#### **IV. Le démenti de la solution restrictive de la Cour de cassation**

**461. Les arguments d'un prochain revirement-** Deux arguments nous autorisent de dire que la solution restrictive et discutable jusque-là défendue par la jurisprudence ne saurait tarder à disparaître. Au-delà de l'arrêt de l'Assemblée plénière (A), on peut, aussi, noter les propositions faites, très récemment, par le groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés (B).

## A. L'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 décembre 2004

**462. Le revirement jurisprudentiel : l'arrêt du 6 décembre 2004-** En effet, dans un arrêt très récent, l'assemblée plénière<sup>777</sup> de la Cour de cassation, décidait que le cautionnement, garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire. Selon cette formation de la Haute juridiction, il appartient à la caution de dire les restrictions qu'elle entend donner à son engagement qui est, en l'absence de précisions contraires, transféré à tout nouvel acquéreur. On comprend ainsi l'espoir que suscite cet arrêt pour tous ceux qui continuent de condamner la jurisprudence de la Cour de cassation.

**463. Optimisme quant à la disparition du principe jurisprudentiel-** Peut-on réellement espérer un prochain revirement de la jurisprudence de la chambre commerciale ? Le Professeur PORACCHIA semble le croire, et nous partageons son optimisme. Il faut se rappeler que les arrêts de la chambre commerciale sont souvent rendus sous le visa de l'article 2015 du Code civil. Or, très précisément, l'assemblée a rendu son arrêt sous le visa, notamment, de cet article. Elle affirmait qu'« *en cas de vente de l'immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire en tant qu'accessoire de la créance cédée à l'acquéreur par l'effet combiné de l'article 1743 et des articles 1692, 2013 et 2015 du Code civil* »<sup>778</sup>. Lorsqu'on sait que cet arrêt a été rendu à la suite du refus des juges du fond de s'incliner devant la solution classique de la chambre commerciale, selon laquelle la caution ne pouvait être engagée envers le nouveau bailleur, si elle n'en manifeste pas la volonté, il y a de quoi espérer un changement prochain de cette même jurisprudence, cette fois-ci, en droit des fusions. Car, le 16 février 2000<sup>779</sup>, la troisième chambre civile de la Cour de cassation, a eu à connaître d'un cas semblable, mais en matière de fusion. En l'espèce, le cessionnaire d'un bail commercial avait été absorbé par une société. Face à l'incapacité de la société absorbante de régler les loyers, le bailleur fit appel à la caution qui était en fait le preneur initial, cédant du bail. La Cour d'appel de Paris accueillit cette demande du bailleur. Malheureusement cet arrêt sera

<sup>777</sup> Cass. ass. Plén., 6 décembre 2004 : Juris-Data n° 2004-026032.

<sup>778</sup> V. Cass. ass. plén. Préc.

<sup>779</sup> V. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 février 2000, J.C.P. éd. E. 2000, p. 1386, note Th. BONNEAU.

censuré par la Cour de cassation en affirmant, qu'à défaut de manifestation expresse de volonté de la caution au profit de la société absorbante, les loyers postérieurs à l'opération de fusion ne peuvent être couverts par le cautionnement.

**464. Le rétablissement du caractère accessoire du cautionnement-** L'espoir que suscite cet arrêt du 6 décembre 2004 consiste en qu'il rétablit le caractère « accessoire » du cautionnement. En affirmant que celui-ci est « *transmis de plein droit au nouveau propriétaire en tant qu'accessoire de la créance cédée* » et ce, en visant l'article 2015 du Code civil, il n'y a plus de doute que le cautionnement vient de recouvrer sa nature véritable. Aussi, désormais, si le cautionnement est transmissible automatiquement en cas de cession d'une créance, le Professeur PORACCHIA soutenait, de manière pertinente, qu'« *a fortiori devrait-il en aller ainsi en cas de fusion puisque dans cette situation, il y a transmission universelle de toutes les dettes et de toutes les créances de l'absorbé au profit de l'absorbante avec leur accessoire* »<sup>780</sup>. Cet auteur, au terme de son commentaire de l'arrêt précité, émettait un souhait de voir la Cour de cassation tirer les conséquences de cet arrêt du 6 décembre. Et apparemment, il est entendu puisque cette jurisprudence vient d'être confirmée.

**465. Confirmation de l'arrêt du 6 décembre 2004-** Dans un arrêt du 16 décembre 2004<sup>781</sup>, dix jours seulement après celui de l'assemblée plénière, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation confirme la solution selon laquelle le cautionnement est, de plein droit, transmissible en cas de cession, sans que la caution ait à y consentir, l'assemblée plénière. Elle affirmait, à cet égard, que « *conformément à l'article 1692 du Code civil, la cession de créance avait entraîné de plein droit la cession du cautionnement* ». En définitive, aujourd'hui rien ne saurait empêcher la continuation du cautionnement pour couvrir toutes les créances antérieures et postérieures à l'opération de fusion ou de scission. Par conséquent, pour préserver à la fois l'intérêt du crédit et celui des opérations de restructurations, le législateur doit prendre ses responsabilités pour rétablir le sens véritable de la transmission universelle du patrimoine. Nous l'espérons vivement avec les conclusions du groupe de travail mis en place par Monsieur PERBEN<sup>782</sup>.

---

<sup>780</sup> V. D. PORACCHIA, note préc., p. 99.

<sup>781</sup> V. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 décembre 2004 cité par L. AYNES in note ss Cass. ass. plén., 6 décembre 2004 : D. 2005, p. 227, spéc. p. 229.

<sup>782</sup> Monsieur Dominique PERBEN est l'actuel Ministre de la justice de la France.

## **B. Propositions formulées dans le rapport du groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés**

**466. Restauration de l'efficacité du cautionnement-** Monsieur PERBEN avait mis en place, en juillet 2003, un groupe de travail, chargé de lui préparer un projet de réforme du droit des sûretés. Ce groupe d'experts, dirigé par le Professeur GRIMALD<sup>783</sup>, vient de finir son rapport. Dans les orientations générales de la réforme du droit des sûretés, il s'agissait au groupe de créer, entre autres, « *les conditions d'une sécurité juridique nécessaire au développement du crédit*<sup>784</sup> ». Or, une telle ambition nécessite la restauration de l'efficacité du cautionnement. Car, le groupe d'experts constate que la méconnaissance du caractère accessoire du cautionnement est « regrettable pour le crédit ainsi que pour l'efficacité même de la sûreté ». C'est pourquoi, ces experts proposent, dans le rapport remis au Garde des sceaux, une modification du droit des sociétés. Selon eux, celle-ci doit consacrer le « *maintien, sauf clause contraire, de l'obligation de la caution pour les dettes nées postérieurement à certains événements, notamment fusion et scission, affectant la personnalité morale du créancier* ».

Au regard de tout ce qui précède, on peut dire que les jours de la jurisprudence relative au sort du cautionnement, en cas de fusion et scission, sont comptés. Ce contrat, doit logiquement, sauf clause contraire, survivre à l'opération de transmission universelle comme les comptes courants qu'il garantit le plus souvent.

---

<sup>783</sup> Monsieur Michel GRIMALDI est professeur à l'université Panthéon-Assas et Président aussi de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique et française.

<sup>784</sup> V. Rapport du groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, p. 2.

### **SECTION III DES CONTRATS DE COMPTE COURANT EN DROIT DES FUSIONS ET DES SCISSIONS**

**467.** Les deux types de contrat de compte courant seront successivement envisagés : le compte courant bancaire (§.1) et le compte courant d'associés (§.2).

#### **§.1. La règle de la continuation et le contrat de compte courant bancaire**

**468. Problématique du sort du compte courant-** La question de la poursuite du compte courant dont est titulaire une entreprise participant à une opération de fusion et de scission, est en réalité susceptible de se poser dans deux cas bien distincts. Le premier est celui où l'entreprise titulaire du compte est la société absorbante. C'est-à-dire que dans ce cas-ci, la détentrice du compte ne disparaît pas. Lorsqu'une telle hypothèse se présente cela ne saurait, à notre avis, soulever de difficultés particulières, puisque la société qui détient le compte courant survit à l'opération de fusion ou de scission. Il n'y aura, par conséquent, aucun motif juridique valable qui permettrait au cocontractant de refuser la continuation du contrat bancaire.

**469.** Le second cas est, en revanche, celui où la société détentrice du compte ne survit pas à l'opération de fusion ou de scission. En d'autres termes, en cette occurrence, elle disparaît soit en se faisant absorber, soit en fusionnant avec une autre société pour donner naissance à une entité nouvelle. D'où cette question : la société bénéficiaire, absorbante ou nouvelle, peut-elle librement recueillir et continuer la qualité de titulaire du compte courant de la société absorbée, ou au contraire, doit-elle requérir l'agrément de l'établissement bancaire ? C'est essentiellement à ce second cas, de loin le plus délicat, que nous consacrerons les lignes qui suivront. Car, comme nous l'avons déjà souligné, le premier cas ne pose et ne saurait poser de problèmes particuliers.

Toutefois, avant d'étudier le sort du compte courant, dans l'hypothèse de la disparition de son titulaire (II), il serait, à notre avis, judicieux de déterminer ce qu'est ce contrat bancaire (I).

## **I. De la notion du compte courant bancaire**

**470.** Nous déterminerons d'abord ce qu'est un contrat de compte courant (A) avant de voir son régime juridique (B).

### **A. Détermination du contrat de compte courant**

**471. Définition du compte courant-** A l'inverse du compte de dépôt<sup>785</sup>, le compte courant<sup>786</sup> représente le contrat par lequel deux personnes se réservent la faculté d'être périodiquement créancières et débitrices réciproques et font figurer leurs créances et dettes en articles de compte indivisible, le solde étant dû après la clôture. Dans la qualification de ce contrat, l'élément le plus fondamental reste celui intentionnel<sup>787</sup>. Une certaine doctrine faisait remarquer, à juste titre que « *sans cette volonté, il n'existe qu'un compte ordinaire, dépourvu des effets spécifiques du compte courant, quand bien même les éléments matériels de ce type de compte seraient réunis*<sup>788</sup> ». C'est dire qu'il faut que par cette relation contractuelle, les parties aient réellement voulu se rendre créancières et débitrices réciproques. L'élément intentionnel ne saurait, par contre, éclipser les éléments matériels qui jouent, malgré tout, un rôle dans la qualification du contrat de compte courant. Ces éléments matériels ne sont rien d'autre que les remises effectuées par les parties

---

<sup>785</sup> Le compte de dépôt, lui, représente le contrat conclu entre un établissement de crédit et une entreprise ou un particulier par lequel celui-ci ou celle-ci dépose des fonds chez le premier et les retire par chèque ou par virement.

<sup>786</sup> Il faut préciser que le compte courant peut être aussi bien commercial que civil. Sa nature commerciale ou civile dépendra bien évidemment de la nature de l'activité pour les besoins de laquelle il a été ouvert. Il semble que ce caractère peut aussi dépendre de la nature des créances enregistrées.

<sup>787</sup> V. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire, Institutions-comptes, opérations-services*, 5<sup>e</sup> éd., Litec, 2002, p. 202, n° 291.

<sup>788</sup> V. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit.*, p. 202, n° 291-1.



contractantes. Pour être valables, la jurisprudence exige que celles-ci présentent certaines caractéristiques.

**472. Caractères des remises-** Selon la jurisprudence<sup>789</sup>, les remises effectuées par les parties doivent nécessairement présenter trois caractéristiques. Elles doivent être générales<sup>790</sup>, réciproques<sup>791</sup> et enchevêtrées<sup>792</sup>. Il semble que la présence de ces caractères est si importante que leur absence est susceptible d'ôter au contrat la qualification de compte courant, et cela, même si une telle qualification lui a été donnée par les parties<sup>793</sup>. A ce contrat spécifique correspond un régime juridique propre.

## **B. Du régime juridique du contrat de compte courant**

**473. Régime juridique-** « *Creuset* »<sup>794</sup> du règlement des créances réciproques des parties, deux règles fondamentales caractérisent et font la spécificité du régime juridique de ce contrat. Il s'agit de l'effet novatoire et de l'indivisibilité. Le premier signifie qu'une fois la remise effectuée, elle s'éteint dans le compte et est remplacée par un article, et ce, quelle que soit la position, créditrice ou débitrice, du compte. Cet effet direct caractérise l'entrée d'une créance dans ce type de compte. L'indivisibilité, elle, consiste en ce que les créances inscrites au compte perdent de ce fait leur individualité<sup>795</sup>. Elle implique deux conséquences<sup>796</sup>. D'abord, aussi longtemps que dure le compte, aucune des parties ne saurait se considérer comme débitrice ou créancière de l'autre. Ensuite, elle ne suppose pas une indisponibilité du solde du compte, car celui-ci pouvant faire l'objet d'une saisie-

---

<sup>789</sup> V. Cass. com., 17 décembre 1991: Bull. civ. IV, n° 389 ; J.C.P. E 1992, I, 156, n° 21 ; RJDA 1992, p. 44, concl. P. LECLERCQ ; Cass. com., 28 mai 1999 : RD bancaire et bourse juill.-août 1999, p. 120 cités par Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit., p. 203, n° 292.

<sup>790</sup> La généralité du compte courant consiste en ce que toutes les remises des parties doivent être affectées au règlement de leurs créances réciproques.

<sup>791</sup> La réciprocité des remises constitue une condition permettant de qualifier un compte de compte courant. Elle signifie que chacune des parties au contrat doit obligatoirement effectuer des remises. Cette caractéristique du compte courant fait que chacune d'elles peut à la fois devenir remettant et récepteur. Elle fut, pour la première fois, affirmée par la haute juridiction au travers de deux décisions : V. Cass. com., 2 juillet 1880, D. 1881, I, 377 ; S. 1881, I, 177, obs. WAHL.

<sup>792</sup> Appelée aussi « alternance » des remises cette caractéristique ne fait en réalité que compléter celle de réciprocité.

<sup>793</sup> V. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit., idem.

<sup>794</sup> V. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit., p. 207, n° 298.

<sup>795</sup> V. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit., p. 214, n° 311.

<sup>796</sup> V. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit., p. 215 et s.

attribution conformément aux conditions déterminées par la loi du 9 juillet 1991<sup>797</sup>, aux termes de son article 47<sup>798</sup>.

**474.** Lorsqu'un tel contrat important figure au patrimoine de la société absorbée ou fusionnée, il viendra certainement à l'esprit de se poser certaines questions : aux termes de l'opération de fusion ou de scission, ce contrat est-il supposé suivre le sort du patrimoine dont il représente un élément constitutif ? Ou, autrement, l'établissement de crédit peut-il refuser sa continuation ?

## **II. De l'applicabilité de la règle de continuation au contrat de compte courant bancaire**

**475.** Nous exposerons d'abord le principe (A) en la matière avant de voir ses atténuations (B).

### **A. Du principe de la continuation de la convention de compte courant**

**476. De la question de continuation du compte courant-** Nous n'avons pas connaissance d'un cas de refus de continuation du contrat de compte courant, du seul fait de la réalisation d'une fusion ou scission. Si la question de continuation du cautionnement garantissant le fonctionnement d'un compte courant défraye les chroniques tant jurisprudentielles que doctrinales, en revanche, celle du compte courant lui-même, ne s'est pas encore, à notre avis, posée. Malgré tout, au regard de l'importance de ce contrat pour la continuité de l'entreprise, il conviendrait de se demander sa destinée principielle, au terme d'une opération de fusion ou scission.

**477. Continuation de principe de la convention de compte courant-** A notre avis, rien ne s'oppose, par principe, à ce que la convention de compte courant dont était

---

<sup>797</sup> Il s'agit de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

<sup>798</sup> V. Ch. MOULY, *Les saisies de comptes bancaires*, Les P.A. du 26 mai 1993, p. 7.

titulaire la société absorbée ou fusionnée soit transmise à la société bénéficiaire, absorbante ou nouvelle. On sait que les fusions et scissions opèrent transmission universelle du patrimoine des sociétés fusionnées ou absorbées aux sociétés nouvellement créées ou absorbantes<sup>799</sup>. C'est dire que c'est le patrimoine tout entier des premiers qui sera, de plein droit, dévolu, aux secondes<sup>800</sup>. Une telle transmission postule, tout naturellement, le transfert de l'ensemble de l'actif et du passif composant le patrimoine des sociétés absorbées ou fusionnées au profit des sociétés bénéficiaires. Autrement dit, la convention de compte courant ne s'éteint pas mais, au contraire, doit être transféré à la société absorbante, car il fait indéniablement partie du patrimoine de la société absorbée ou fusionnée au même titre que les autres éléments composant celui-ci. A moins que les parties n'aient fait de la fusion ou de la scission une cause de rupture de cette convention, elle est destinée, par principe, à être transmise à la société bénéficiaire, continuatrice de la société absorbée ou fusionnée. Certes, la société titulaire du compte est dissoute du fait de l'absorption ou de la fusion. Ceci devrait par conséquent emporter la clôture du compte au même titre que le décès de la personne physique<sup>801</sup>. Toutefois, cette dissolution ne s'accompagne pas d'une liquidation mais, au contraire, de la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante. Cette dévolution étant de surcroît de plein droit elle implique, tout logiquement, le transfert de l'ensemble des éléments composant le patrimoine, dont le compte courant, de la société absorbée ou fusionnée à la société.

**478.** Une telle analyse est d'autant plus normale que le droit des obligations, encore moins le droit des sociétés ne font pas de ces opérations des causes de caducité d'une convention. En outre, cette solution est renforcée par le fait que la loi bancaire<sup>802</sup>, elle-même, ne cite pas ces opérations parmi les causes pouvant autoriser le banquier à rompre la convention de compte courant. Son caractère *intuitus personae* ne saurait, non plus, justifier sa rupture, ainsi que nous l'avions déjà dit à propos de tous les contrats comportant cette caractéristique<sup>803</sup>. Aussi, en vertu du principe légal de la transmission universelle de patrimoine, le banquier ne saurait invoquer l'opération de fusion ou de scission pour

<sup>799</sup> V. en ce sens art. L. 236-3 alinéa 1<sup>er</sup>, C. com. et 1844-4 alinéa 2, C. civ. Ainsi que l'art. 265 du décret du 23 mars 1967.

<sup>800</sup> V. J.-P. BERTREL et M. JEANTIN, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 1991, p. 332, n° 776 ; M. CHADEFEAUX, *Les fusions de sociétés*, op. cit., p. p. 87 et s.

<sup>801</sup> V. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, ouvrage préc., p. 196 et 197, n° 281.

<sup>802</sup> Il s'agit de la loi du 24 janvier 1984 relative aux établissements de crédit.

<sup>803</sup> V. supra n° 276 et s.

clôturer le compte courant. Il en résulte que la société bénéficiaire doit, lorsqu'elle le demande, obtenir la continuation du contrat de compte courant. Cette même solution s'applique aussi, par principe, aux autres contrats bancaires, notamment d'ouverture de crédits, de découvert ou d'autorisation d'escomptes qui sont encore en cours au jour de la réalisation définitive de l'opération<sup>804</sup>. Sous réserve des conditions fixées aux alinéas 1<sup>er</sup><sup>805</sup> et 2<sup>806</sup> de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier, nous ne voyons pas d'ailleurs l'intérêt pour l'établissement de crédit de vouloir brusquement mettre fin au contrat de compte courant, du seul fait de l'opération de fusion ou de scission. En outre, supposons que l'opération de fusion ait concerné deux établissements de crédit, cela ne saurait amener l'établissement bancaire absorbant de vouloir *ipso facto* remettre en cause les contrats bancaires figurant dans le patrimoine de l'établissement bancaire absorbé. Au contraire, il sera enclin à pouvoir les sauvegarder.

En décidant, dès lors par exemple, de rompre brusquement le contrat de compte courant du seul fait de la fusion ou scission, le banquier commettrait un abus de droit qui engagerait sa responsabilité. En effet, du moment que ni la loi, ni la convention des parties ne font de la fusion ou scission une cause de caducité ou de résiliation du contrat, le banquier ne saurait, par principe, invoquer l'opération de transmission universelle du patrimoine pour brusquement rompre le compte. Cependant, il existe tout de même des possibilités autant pour l'établissement de crédit que pour la société absorbante ou nouvelle de rompre ce contrat sans pour autant méconnaître le principe légal de la transmission universelle de patrimoine.

---

<sup>804</sup> En revanche, nous ne pensons pas qu'il en sera de même lorsque, par exemple, l'établissement de crédit ait toléré à la société absorbée soit quelques facilités de caisse, soit quelques découverts. Dans ces cas, l'établissement bancaire ne s'étant pas engagé de manière contractuelle, il aura, à notre avis, la faculté de mettre fin à tout moment au contrat bancaire, et cela, sans qu'on puisse invoquer un quelconque abus de droit de sa part.

<sup>805</sup> Selon cet alinéa 1<sup>er</sup>, « tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit consent à une entreprise, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours(...) ».

<sup>806</sup> En vertu de cet alinéa 2 « l'établissement de crédit n'est pas tenu de respecter un délai de préavis, que l'ouverture de crédit soit à durée indéterminée ou déterminée, en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avèrerait irrémédiablement compromise ».

## B. Des possibilités de rupture de la convention de compte courant

**479. Dénonciation du compte courant-** Si la règle de la transmission universelle postule, de droit, le transfert du compte courant au bénéfice de la société absorbante ou nouvelle, il n'en demeure pas moins que le banquier dispose de la faculté de rompre cette relation. Il faut rappeler que lorsqu'une entreprise ouvre un compte courant chez un établissement bancaire, c'est souvent pour une période indéterminée. Or, conformément aux principes généraux du droit, les engagements perpétuels sont prohibés. Autrement dit, chacune des parties contractantes, dont notamment l'établissement bancaire, peut dénoncer la convention, sous réserve, toutefois, d'observer un certain délai de préavis. En effet, la loi oblige le banquier souhaitant rompre le contrat, sous peine d'engager sa responsabilité, d'accorder au client, en l'occurrence la société absorbante, un délai<sup>807</sup>. C'est ce qu'impose l'alinéa 1<sup>er</sup>, de l'article 60<sup>808</sup> de la loi bancaire, selon lequel *« tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit consent à une entreprise, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours »*. L'établissement de crédit ne sera dispensé d'observer ce délai qu'« en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise<sup>809</sup> ».

### §.2. La règle de la continuation et le contrat de compte courant d'associés

**480. Recours à un mode de financement original-** A coté des modes de financement ordinaires<sup>810</sup>, on remarque de plus en plus chez les entreprises commerciales, quelles qu'elles soient<sup>811</sup>, un recours à un mode de financement dont les caractéristiques

---

<sup>807</sup> Il faut préciser que ce délai peut résulter de la convention de compte elle-même, à défaut un délai raisonnable sera requis.

<sup>808</sup> Ce texte est aujourd'hui l'article L. 313-12, du Code monétaire et financier.

<sup>809</sup> C'est ce que prévoit l'alinéa 2 de l'article 60 de la loi bancaire.

<sup>810</sup> Il s'agit notamment des financements bancaires, institutionnels ou encore du recours par l'émission d'obligations.

<sup>811</sup> Selon en effet certains auteurs, ce mode de financement se retrouve aussi bien dans les entreprises de petite et moyenne taille que dans les grands groupes : V. M. COZIAN, A. VIANDIER et FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 17<sup>e</sup> éd., Litec, 2004, p. 108, n° 234

essentielles consistent en sa simplicité<sup>812</sup> et à ses avantages fiscaux<sup>813</sup> : il s'agit du compte courant d'associés. Une société peut ainsi, comme tout autre associé, être détentrice d'un tel « compte ». Si une pareille société prend part à une opération de fusion ou de scission, va certainement se poser l'épineuse question du sort de ce compte. Cette même interrogation peut également se poser lorsque cette fois-ci la société absorbée, loin d'être titulaire du compte courant, se révèle être celle dans les livres de laquelle le compte courant a été ouvert. Ce compte doit-il, par principe, se poursuivre ou, au contraire disparaître ? Avant de répondre à ces interrogations (I), il conviendrait, à notre avis, de déterminer, en premier lieu, ce qu'est le compte courant d'associés (II).

## I. De la notion du compte courant d'associés

**481. Le compte courant d'associés-** Aujourd'hui, c'est un fait, les associés sont de plus en plus mis en contribution dans le cadre du financement de leurs sociétés<sup>814</sup>, outre leurs apports initiaux au capital social. Cet appel lancé à leur égard se traduit par la mise de fonds à la disposition de leurs sociétés et ce, par le biais de prêts. C'est ces avances de fonds, consenties par certains associés à la société, qui sont qualifiées de « comptes courants d'associés ». Comme on pourrait aisément le constater, c'est une formule inexacte

---

<sup>812</sup> La préférence du recours aux avances en compte courant par rapport au financement par augmentation de capital vient, en effet, de sa simplicité. Cette se caractérise par plusieurs facteurs. Il y a, en premier lieu, son absence de formalisme. Le financement par une augmentation de capital qu'auraient assuré les associés exige, on le sait, une réunion de l'assemblée générale extraordinaire, la modification des statuts et toute une gamme de mesures de publicité. Or, les avances en compte courant échappent à de telles exigences. Autre caractéristique de simplicité de ce mode de financement consiste en la possibilité pour le prêteur associé d'exercer le retrait à tout moment des fonds avancés, sauf bien sûr convention de blocage. Une telle faculté est non négligeable lorsqu'on sait que les apports en capital demeurent soumis au principe de l'intangibilité du capital social.

<sup>813</sup> A l'inverse du droit des sociétés, le droit fiscal n'a pas ignoré l'avance en compte courant d'associés. Il le régit et ce, en lui reconnaissant certains avantages fiscaux, plus importants que ceux des dividendes. D'où d'ailleurs son attrait pour les sociétés par actions. Précisons que les comptes courants d'associés bénéficient de la déductibilité des intérêts du côté de la société : M. COZIAN, *Précis de fiscalité des entreprises*, 25 éd. 2001-2002, Litec, p. 373. Les associés, à leur tour, bénéficient de ces avantages. En effet, même si les intérêts qui leur sont versés, au titre de ces comptes courants sont imposables, il n'en demeure pas moins qu'ils disposent de la possibilité d'opter pour le prélèvement libératoire qui est de l'ordre de 26 % et cela, dans la limite d'un plafond de 46 000 euros : V. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 110, n° 238.

<sup>814</sup> Malgré cet engouement pour ce financement provenant des associés, on est surpris de constater qu'un droit aussi rigide et minutieux que l'est le droit des sociétés, ne puisse pas réglementer un instrument aussi essentiel pour les sociétés. On peut, toutefois, invoquer la loi du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professionnelles libérales dont l'article 14 réglemente l'usage des comptes courants d'associés par les sociétés d'exercice libéral. Selon le décret du 23 juillet 1992 pris en application de la loi du 31 décembre 1990, il est désormais interdit à l'associé exerçant une profession au sein d'une SEL de mettre à la disposition de la société, au titre du compte courant d'associé, plus de deux fois le montant de sa participation au capital. Cette restriction vaut aussi pour ses ayants cause.

en ce sens qu'elle ne désigne pas le véritable compte courant, conclu essentiellement entre établissements bancaires et leurs clients. Le compte courant d'associés n'implique pas en effet, contrairement au compte courant bancaire, une réciprocité des remises. C'est d'ailleurs pourquoi certains auteurs recommandent tout simplement de réprouver une telle dénomination aux prêts consentis par les associés à leurs sociétés<sup>815</sup>. Ce mode de financement, de plus en plus prisé par les entreprises, même s'il heurte quelque peu le monopole des banques en matière de crédit, est néanmoins reconnu et toléré par la loi bancaire<sup>816</sup>.

**482. Le compte courant d'associés : un contrat-** Même s'il n'a pas l'objet d'une attention toute particulière par le droit des sociétés<sup>817</sup>, la convention de compte courant d'associés est, au plan juridique, soumise au droit commun des obligations, qui lui-même renvoie au principe de la liberté contractuelle<sup>818</sup>. Il ne faut surtout pas perdre de vue, en effet, que l'expression de « compte courant d'associés » passée dans l'usage pour désigner les comptes créditeurs d'associés n'est ni plus, ni moins qu'un contrat. Un auteur affirmait très justement, à ce propos, que « *quel que soit cependant le sens du flux financier, l'inscription d'une avance ou d'un découvert en compte n'est que la traduction d'un contrat de prêt entre la société et l'associé*<sup>819</sup> ». Ainsi, du strict point de vue de l'analyse juridique, l'avance en compte confère à l'associé une qualité, celle de créancier<sup>820</sup>. En effet, même l'absence souvent remarquée d'écrit, constatant les avances de fonds opérées au bénéfice de la société, ne diminue en rien au caractère de contrat de prêt du compte courant d'associés. C'est d'ailleurs cela qui justifie le versement d'une certaine rémunération régulière, et ce, quels que soient les résultats de l'entreprise, au profit de l'associé prêteur.

---

<sup>815</sup> V. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, Droit bancaire, op. cit., p. 202.

<sup>816</sup> L'article L. 312-2-1°, du Code monétaire et financier dispose que ne sont pas considérés comme reçus du public « *les fonds reçus ou laissés en compte par les associés en nom ou les commanditaires d'une société de personnes, les associés ou actionnaires détenant au moins 5 % du capital social, les administrateurs, les membres du directoire et du conseil de surveillance ou les gérants...* ».

<sup>817</sup> Hormis bien sûr pour le cas des SEL.

<sup>818</sup> V. D. DANET, *Comptes courants d'associés : pour en finir avec un apartheid juridique*, RTD com. 1993, p. 55.

<sup>819</sup> V. I. URBAIN-PARLEANI, *Les comptes courants d'associés*, L.G.D.J., 1986, p. 235, n° 385.

<sup>820</sup> V. I. URBAIN-PARLEANI, ouvrage préc., p. 239, n° 388.

Le caractère contractuel du compte courant d'associés étant établi<sup>821</sup>, reste à montrer que lorsque s'opère une opération de fusion ou de scission, cela ne saurait avoir d'incidence sur sa poursuite de plein droit.

## **II. Du principe de la continuation du compte courant d'associé**

**483. Plan-** Comme nous l'avions déjà souligné la question du sort du compte courant d'associé, à l'occasion d'une opération de fusion ou de scission, est susceptible de se poser selon deux scénarii. Le premier serait l'hypothèse où la société titulaire du compte se fait absorber ou fusionne avec une autre pour donner naissance à une nouvelle société (A). Quant au deuxième scénario, c'est lorsque la société bénéficiaire du compte courant participe à une opération de fusion ou de scission (B).

### **A. Le sort du compte courant d'associé lorsque la société absorbée en est titulaire**

**484. Rappel-** En vertu du principe de la transmission universelle, on rappellera que la société bénéficiaire, absorbante ou nouvelle, recueille l'ensemble du patrimoine de la société dissoute sans liquidation. Cette transmission ayant pour effet de transférer, à la fois par principe et *uno actu*, tous les éléments composant le patrimoine de la société absorbée au profit de la société absorbante, cela implique, par voie de conséquence, continuation de tous les contrats conclus par la première, dont notamment les contrats de compte courant d'associé.

---

<sup>821</sup> Instrument de financement en quasi fonds propres des sociétés, la création du compte courant d'associés suppose tout simplement à ouvrir dans les livres de la société un compte au nom de l'associé prêteur des fonds. Ce faisant, par un simple virement du compte de l'associé, celui-ci avancera ainsi des fonds à la société qui verra dès lors ses capitaux permanents augmenter. Les avances en compte courant d'associés peuvent être qualifiés de quasi fonds propres, parce qu'ils ont vocation le plus souvent à rester de manière durable à la disposition de la société. En outre, même si l'ouverture du compte courant d'associé relève du principe de la liberté contractuelle, elle est tout de même soumise à une certaine procédure de contrôle, mise en place par le législateur. Il en est ainsi dans les cas particuliers des SARL et SA. Dans ces dernières, par exemple, il y a une procédure d'autorisation préalable des conventions réglementées, dont fait partie le compte courant d'associés. Aussi, en vertu de l'article L. 225-38, du Code commerce, le compte courant d'associés doit d'abord être soumis à l'autorisation préalable du conseil d'administration avant d'être entériné par l'assemblée générale. Dans les SARL, l'article L. 223-19, du même Code, donne le pouvoir à l'assemblée des associés d'intervenir postérieurement pour valider la convention intervenue entre l'associé et la société.



**485. Continuation du compte courant d'associé<sup>822</sup>**- Ayant cause à titre universel de la société absorbée, la société absorbante est en droit de recueillir et continuer, par principe, le contrat de prêt à l'actif du patrimoine reçu. Le statut d'associé étant de surcroît transmis, il n'y a pas, à notre avis, aucune raison valable qui empêcherait la société bénéficiaire, continuatrice de la personne de la société absorbée, de recueillir le compte courant que celle-ci détenait. La société auprès de laquelle le compte est ouvert, pourrait-elle s'opposer à la transmission d'un tel compte ? La réponse de principe est bien évidemment non.

En effet, il n'y a par principe rien qui autorise la société auprès de laquelle le compte est ouvert de s'opposer à la transmission du compte, sous peine de violer le principe de la transmission universelle de patrimoine, expressément consacré par le législateur. En revanche, rien n'interdira aux parties contractantes de convenir autrement. En d'autres termes, elles ont la faculté d'insérer dans le contrat une clause qui interdirait le transfert du contrat de prêt au cas où le titulaire participerait à une opération de concentration telle qu'une fusion et scission. Dans ce cas, et cela, avant même la réalisation de l'opération, la société remboursera la société titulaire du compte, c'est-à-dire la société absorbée ou fusionnée.

## **B. Le sort du compte courant d'associé lorsque la société absorbée en est la bénéficiaire**

**486. Hypothèse de survie de la société bénéficiaire du compte courant d'associé**- Il est, en effet, tout aussi envisageable que la société, non pas titulaire, mais celle dans les livres de laquelle le compte a été ouvert prenne part à une opération de restructuration, dont notamment une fusion ou scission. Elle peut d'abord, par exemple, décider d'absorber une ou plusieurs autres. On en conviendra avec nous que cette

---

<sup>822</sup> Ce principe de continuation est, en revanche, absent lorsqu'il est question de cession de titres. En cette occurrence, la société cessionnaire, en acquérant la qualité d'associé ou d'actionnaire, ne revêt pas en même temps celle de prêteur de la société cédante. Rappelons que les conventions d'associés et de compte courant sont indépendantes. En outre, la convention de cession est, elle-même, indépendante de celle de compte courant d'associés. La première, ne l'oublions pas, est strictement limitée aux titres qui en sont son objet, alors que la seconde reste un contrat de prêt. Par conséquent, le transfert de la qualité d'associé à l'acquéreur n'emporte pas, par principe, celui de prêteur.

hypothèse n'appellera pas de commentaires particuliers. La société n'ayant pas disparu, il est naturel qu'aucune difficulté spécifique ne viendra, par principe, empêcher la poursuite du compte courant.

**487. Hypothèse de la disparition de la société bénéficiaire du compte courant d'associé-** Elle peut, en outre, décider soit de se scinder, soit de se faire absorber, soit encore de fusionner avec une autre. En cette occurrence, en revanche, puisque la société bénéficiaire du compte courant disparaîtra soit pour cause de fusion, soit pour cause de scission, il serait intéressant de déterminer le sort du contrat de compte courant. En effet, la disparition de la société bénéficiaire pourrait éventuellement susciter chez le titulaire du compte, l'associé, la tentation de vouloir le résilier. Toutefois, l'opération de fusion ou de scission ne constituant pas, par principe, une cause de rupture de contrat, ni en droit commun, ni en droit des sociétés, le contrat de prêt en vigueur entre la société absorbée et son associé se poursuivra de plein droit au bénéfice de la société absorbante ou nouvelle. Ni le cocontractant prêteur, l'associé, encore moins la société absorbée ou fusionnée, l'emprunteuse, ne sauraient invoquer l'opération de fusion ou de scission, pour se soustraire à leurs obligations d'exécution contractuelles. L'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup> et 3 du Code civil, leur impose le respect du contrat qu'ils ont conclu en toute liberté.

**488. Principe de poursuite du compte courant d'associé-** Le compte courant étant avant tout un véritable contrat faisant<sup>823</sup> partie intégrante du patrimoine de la société dissoute sans liquidation, il est naturellement destiné à se poursuivre et cela, conformément au principe de la transmission universelle de patrimoine. En d'autres termes, la créance du titulaire de ce contrat ne saurait disparaître du seul fait de la réalisation de l'opération de fusion ou de scission. En effet, l'originalité de la transmission résultant de telles opérations, autorise le créancier, c'est-à-dire l'associé prêteur, de demander l'exécution du compte courant à la société absorbante, continuatrice de la société absorbée. C'est dire donc que même si la société bénéficiaire du compte courant venait à disparaître du fait d'une fusion ou scission, la logique de la transmission universelle de patrimoine emporte, par principe, le transfert dudit compte au bénéfice de la société absorbante ou nouvelle.

Toutefois, le titulaire du compte courant d'associé pourrait éventuellement, en vertu de la faculté principielle reconnue à l'associé de retirer les fonds avancés par lui, décider

---

<sup>823</sup> V. I. URBAIN-PARLEANI, op. cit., p. 235.

de demander le remboursement de sa créance avant la réalisation de l'opération de fusion ou de scission. C'est particulièrement le cas lorsque le contrat a été conclu à durée indéterminée<sup>824</sup>.

---

<sup>824</sup> Ce qui voudrait dire que lorsque le contrat de compte courant est conclu à durée déterminée, le retrait des fonds avancés à la société absorbée ne saurait faire l'objet d'un retrait unilatéral et discrétionnaire.

## Conclusion du titre I

**489.** Au terme des développements qui précèdent, on peut remarquer que le droit des fusions et des scissions apparaît être un droit d'exception, caractéristique qui tient aux objectifs du législateur que l'on retrouve dans les différentes dispositions régissant la matière. Les concentrations d'entreprises ne sont pas perçues par le législateur, tant européen que français, comme une menace imparable aux rapports contractuels. Pour le législateur, la prise en compte de l'intérêt général, au travers de la préservation de l'ordre public économique, doit prendre le pas sur la protection de l'intérêt isolé.

**490.** Cette faveur particulière accordée aux entreprises, ou plus précisément à leurs concentrations, par le droit des fusions et des scissions recèle au fond l'idée d'une priorité qui serait donnée au maintien de l'activité et des emplois. Sauvegarder les concentrations d'entreprises implique souvent de ne pas déférer, dans l'absolu, aux principes classiques du droit des obligations. Il n'est que de se référer à l'intitulé de la loi du 5 janvier 1988 qui a modernisé le droit des fusions et scissions pour s'en rendre à l'évidence. Cette loi est intitulée loi relative « *au développement et à la transmission des entreprises* ».

**491.** Du sort réservé par le droit des fusions aux contrats d'une manière générale, on peut relever un certain rapprochement avec le droit des entreprises en difficulté sur, au moins, un point : celui d'avoir sur certains points porté un coup à certains principes classiques du droit des contrats. Au travers de la loi du 25 janvier 1985, le législateur a considéré que la finalité de sauvetage de l'entreprise en détresse est peu compatible avec l'orthodoxie du régime des contrats. C'est pourquoi, a-t-il décidé de contourner certaines règles traditionnelles du droit des contrats. Pour lui, la protection de ces relations contractuelles se concilie mal avec l'idée d'une protection des intérêts de l'un des contractants, en l'occurrence celui de l'entreprise.

**492.** On retrouve cette même vision du législateur en droit des fusions et scissions. En effet, ici aussi, la volonté d'accorder une faveur à l'entreprise se retrouve comme en droit des entreprises en difficulté. Cependant, contrairement à ce droit-ci, il s'agit pour celui-là de favoriser la concentration des sociétés dans une optique de protéger davantage l'ordre public économique qui se concilie difficilement avec l'observation normale des principes classiques régissant les rapports contractuels. C'est dans cette perspective, c'est-

à-dire celle de promouvoir le regroupement des sociétés, que le législateur a autorisé, de droit, la continuation de l'ensemble du patrimoine de la société dissoute sans liquidation, dont notamment les contrats, par la société bénéficiaire. Cette conception du législateur à l'égard des contrats est, à notre avis, en soi légitime. Imaginons un seul instant la situation désastreuse qu'aurait provoquée le législateur s'il avait expressément permis l'exclusion de certains contrats parce qu'ils sont supposés conclus *intuitu personae* de la règle de continuation. Cette même conséquence se serait produite si l'on appliquait de manière systématique et non discernée les clauses d'agrément au transfert de titres par voie de fusion ou de scission. L'entreprise étant, par essence, un « *nœud de contrats* » cela pourrait entraîner une certaine désorganisation de l'entreprise avec à la clé des conséquences économiques et sociales difficilement prévisibles.

**493.** L'universalité du transfert, résultant des opérations de fusion et de scission, fait que la continuation des actions ou de parts sociales d'une société ainsi que celle des contrats, quels qu'ils soient, qu'elle aurait conclus s'opèrent de plein droit à la société bénéficiaire. Cette conséquence qui s'opère nécessairement et obligatoirement trouve sa justification dans trois éléments corrélatifs qui sont tous exprimés dans l'article L.236-3 alinéa 1er du Code de commerce. Le premier, consiste au fait que ces opérations emportent, certes, dissolution de la société absorbée ou scindée mais, nullement, sa liquidation. Il n'est pas procédé à la réalisation et à la liquidation du patrimoine de la société dissoute. Car il y est dit que « *la fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent (...)* ». Le deuxième élément, c'est le fait que cette absence de liquidation est suivie de la transmission de l'ensemble du patrimoine de la société absorbée ou scindée à la société nouvelle ou absorbante. N'est-ce pas qu'il est dit, au même article L. 236-3, que « *la fusion ou scission entraîne (...) la transmission universelle du patrimoine (...)* ». Une telle transmission suppose, par principe, et cela automatiquement, le transfert de la globalité du patrimoine de la société absorbée à la société bénéficiaire. Le troisième élément, enfin, qui couronne les deux premiers éléments, c'est que cette transmission universelle se fait « *dans l'état où se trouve le patrimoine à la date de réalisation définitive de l'opération de fusion ou de scission* ». On peut, donc, relever que cette absence de liquidation de la société absorbée, suivie de la transmission de l'ensemble de son patrimoine à la société bénéficiaire et tout cela dans l'état où se trouve ce patrimoine au jour de la réalisation de l'opération de fusion, nous permet de faire un

évident constat. Cela permet, en effet, de constater la survie de la société absorbée au travers de la société bénéficiaire qui est, à cet effet d'ailleurs, considérée comme la continuatrice de la société disparue. Par conséquent, la société absorbante ou nouvelle ne saurait être considérée comme un « tiers étranger » comme c'est le cas de la société cessionnaire. Si la première est continuatrice de la société absorbée, car ayant cause universel ou à titre universel, on ne saurait en dire autant de la seconde qui n'est qu'un ayant cause à titre particulier.

**494. Les fusions et scissions ne peuvent être assimilées à des cas de cession-** En définitive, au plan strictement juridique, le terme « cession » ne peut s'appliquer qu'aux seules opérations de transferts isolés comportant pour objet soit un contrat, soit des droits sociaux. Il se trouve que les opérations de fusion et de scission ne portent pas sur des transferts isolés de biens, droits ou obligations d'une société à une autre. Elles ont, au contraire, pour objet, et ce par principe, la dévolution du patrimoine de la société absorbée ou scindée au profit de la société bénéficiaire. Le principe de la transmission universelle s'étend ainsi, de manière automatique et de plein droit, à tout les éléments composant le patrimoine de la société dissoute au jour de la réalisation définitive de l'opération, sans que cela nécessite le respect des règles particulières prévues par le législateur<sup>825</sup> pour la cession à titre isolé de certains droits ou biens. C'est d'ailleurs, au regard de cette différence de nature entre les deux modes de transmission, que la haute juridiction a depuis fort longtemps admis l'inopposabilité des formalités prescrites par l'article 1690 du Code civil, à chaque fois que la société bénéficiaire recueille des créances venant de la société dissoute<sup>826</sup>. Ceci prouve à quel point la nature spécifique de la transmission universelle exclut, de l'avis même de la jurisprudence, l'observation des formalités légales prescrites pour les cas de cession du bail commercial<sup>827</sup> et de fonds de commerce, au terme d'une fusion et scission<sup>828</sup>.

Toutefois, malgré sa force et sa spécificité, la transmission résultant des fusions et scissions, comme nous le verrons, va se révéler impuissante à emporter la continuation automatique de certains. Cette impuissance se traduira dans diverses situations.

---

<sup>825</sup> V. Cass. com., 5 mars 1991 : D. 1991, Jur., p. 441, obs. HONORAT ; Bull. Joly.500, note JEANTIN.

<sup>826</sup> V. Cass. civ., 7 mars 1972 : JCP éd. G 1972, II, n° 17270, obs. Y. GUYON.

<sup>827</sup> V. C.A. Paris, 16 mars 1991 : Bull. Joly.501.

<sup>828</sup> V. CA Paris, 10 avril 1986 : Rev. Sociétés 1986.428, note J.-J. DAIGRE.

## TITRE II LES LIMITES A LA REGLE DE LA CONTINUATION DES CONTRATS CONSECUTIVE A UNE OPERATION DE FUSION ET DE SCISSION

**495. Problématique-** S'il est indiscutable que la nature spécifique de la transmission, résultant des fusions et scissions, fait que l'ensemble du patrimoine de la société absorbée, dont les contrats, est transféré *uno actu* à la société absorbante, se pose, toutefois, une importante question. Il s'agira, en l'espèce, de savoir si face à un tel principe, il est possible ou admissible qu'il y ait des contrats qui puissent résister à sa puissance ? Autrement dit, peut-on déduire de ce principe une règle impérative, qui emportera tout sur son passage ? Mieux encore, en le consacrant, le législateur, le voulait-il absolu ? En parcourant les textes se rapportant aux fusions et scissions, rien ne permet de dire que la règle de la transmission universelle est une disposition d'ordre public, qui, par conséquent, exclurait toute limitation<sup>829</sup>. Ceci explique, d'ailleurs, le fait que certains biens ou droits, figurant dans le patrimoine de la société absorbée soient, malgré tout, soumis, pour leur transfert, au respect de certaines formalités spécifiques. C'est le cas notamment, des immeubles, des brevets et marques<sup>830</sup>. Par conséquent, le principe de continuation est bien évidemment susceptible de limitations.

**496. Les cas de limitations à la règle de continuation-** Rien n'empêcherait, dès lors, les contractants d'insérer dans le contrat une stipulation spéciale s'ils entendaient s'opposer ou être appelés à la transmission du contrat à l'occasion d'une fusion et scission. Par ailleurs, le principe de la transmission universelle du patrimoine ne saurait empêcher de prendre en compte l'impératif de préservation de l'intérêt contractuel du cocontractant de la société absorbée ou scindée. Toutefois, comme nous le verrons ultérieurement, cette prise en compte de son intérêt doit se traduire par référence, non pas au caractère *intuitus personae* de la convention, mais, au contraire, par rapport à la menace grave qui pourrait

---

<sup>829</sup> Pour certains, au contraire, les dispositions régissant les fusions et scissions sont d'ordre public. C'est notamment l'avis de Michel JEANTIN pour qui, la formulation même de la règle consacrant le principe de la transmission universelle du patrimoine permet de dire que celui-ci constitue une règle d'ordre public : V. Mélanges DERRUPE préc.

<sup>830</sup> Il est de droit que lorsque le patrimoine de la société absorbée contient des marques et des brevets, obligation est faite de procéder à une publicité spéciale outre les formalités de publicité spécifique à l'opération de fusion ou de scission. Ainsi, les marques doivent être inscrites au registre national des marques (V. art. 21 du décret du 27 juillet 1965 portant application de la loi sur les marques de fabrique, de commerce ou de service), alors que les brevets doivent l'être au registre national des brevets (V. art. 76 du décret du 19 septembre 1979).

peser sur son intérêt dans certaines conjonctures (**Chapitre I**). De plus, certains contrats, soit du fait de leur nature particulière, soit du fait de dispositions légales spéciales, sont également de nature à contrarier la règle de continuation automatique des contrats figurant à l'actif de la société dissoute sans liquidation (**Chapitre II**).



## CHAPITRE I LES OBSTACLES À LA REGLE DE CONTINUATION RESULTANT DE TECHNIQUES CONTRACTUELLES ET DE LA NECESSITE DE SAUVEGARDER L'INTÉRÊT DU COCONTRACTANT

**497.** Il est vrai que « *l'intérêt majeur du principe de transfert universel de patrimoine réside en ce que cette règle permet de faire l'économie de l'application du régime juridique propre à chacun des éléments d'actif et de passif composant le patrimoine* »<sup>831</sup>. Pour autant, cela ne peut autoriser qu'il emporte le transfert automatique de contrats, lorsque des stipulations explicites interdisent, tout simplement, leur continuation. Il arrive aussi que des dispositions légales ou des stipulations contractuelles subordonnent, expressément, la transmission du contrat à l'agrément du cédant (**Section I**). De même, la continuation d'un contrat peut être empêchée lorsque cela risque de sérieusement affecter l'intérêt du cocontractant (**Section II**).

### SECTION I L'INFLUENCE DES STIPULATIONS DE NON TRANSMISSIBILITE ET D'AGREMENT DES CONTRATS EN CAS DE FUSION ET SCISSION

**498. Choix de l'obstacle à la continuation de droit-** Deux attitudes sont possibles pour les cocontractants. Ils peuvent, en premier lieu, expressément interdire toute continuation du contrat dans le cas particulier des fusions et des scissions comme ils peuvent aussi soumettre sa continuation à l'accord du cocontractant. Ainsi, nous nous interrogerons, dans une première sous-section, de l'influence des clauses de non transmissibilité des contrats en cas de transfert consécutif à une opération de fusion et de scission (**Sous-section I**). Nous aborderons, ensuite, la question de la transmission ou non des droits sociaux lorsqu'ils sont affectés de clauses d'agrément (**Sous-section II**).

---

<sup>831</sup> Cf. M. JEANTIN, « *La transmission universelle du patrimoine d'une société* », in *Mélanges offerts à J. DERRUPE, Les activités et les biens de l'entreprise*, Litec, 1991, spéc. n° 24, p. 295.

### **Sous-section I. De l'applicabilité des clauses de non transmissibilité de contrats au transfert consécutif aux fusions et scissions**

**499. Le principe des limitations conventionnelles-** Il peut arriver que des contractants insèrent dans le contrat qu'ils ont conclu des stipulations, interdisant le transfert automatique de ce contrat à l'occasion de certains événements particuliers, dont les fusions et scissions, qui affecteront, soit l'un d'entre eux, soit tous les deux. Le mécanisme conventionnel de limitation de la règle de la circulation des contrats a un champ d'application assez large. Lorsque de telles stipulations affectent certains contrats de la société absorbée, sauront-elles s'imposer au principe de la transmission universelle ?

**500. Validité des clauses de non-continuation au regard du droit commun-** La possibilité de mettre en échec, de manière contractuelle, la transmission d'un contrat, à l'occasion d'une fusion et scission est, d'abord, conforme au droit commun des obligations. N'oublions que le Code civil, par le biais de l'article 1122, donne expressément le droit, aux contractants, de s'opposer à la continuation des contrats qu'ils concluent. Il y est dit qu'on est censé avoir contracté pour soi et pour ses ayants cause ou héritiers à moins d'en stipuler le contraire. Il est évident, dans ces conditions, qu'il est possible, par une stipulation conventionnelle, de refuser tout simplement la continuation du contrat, en préférant ainsi sa disparition, fût-il dans l'hypothèse d'une fusion et scission.

**501. La validité des clauses d'agrément et de déchéance du contrat-** Ces clauses trouvent, ensuite, leur fondement dans les dispositions du droit des sociétés. On pourra notamment citer l'article L.236-14 alinéa 2 du Code de commerce<sup>832</sup>. Par ce texte, le législateur donne la possibilité aux créanciers non obligataires le droit de s'opposer à la réalisation de l'opération de fusion ou de scission, même s'il est admis que cette opposition n'aura pas pour effet d'empêcher la réalisation de l'opération. Il n'en demeure pas moins, malgré tout, qu'on pourrait y voir une « *sorte de source d'inspiration pour des aménagements contractuels* »<sup>833</sup>. En définitive, il est tout à fait possible que le cocontractant de la société absorbée refuse la poursuite du contrat avec la société bénéficiaire en invoquant la clause de rupture, prévue audit contrat.

---

<sup>832</sup> Ancien article 381 de la loi du 24 juillet 1966.

<sup>833</sup> V. C. PRIETO, *Evénements affectant la personne de la société contractante* in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 30-31 mai 1996, p. 101.

**502. L'exigence d'une clause adéquate-** Cependant, pour que ces limitations conventionnelles soient efficaces, en l'espèce, il est nécessaire qu'elles visent expressément les cas de fusion et de scission. Aussi, « *l'existence d'une simple clause d'interdiction de **cession** ne saurait (...) s'appliquer en cas de transmission pour cause de fusion* »<sup>834</sup> ou de scission. C'est dire, qu'au regard de la spécificité de la transmission, résultant de ces opérations, les clauses de non maintien de contrat, visant les cas de cession, ne sauraient produire un quelconque effet sur les fusions et des scissions. D'où, l'intérêt pour les contractants, dans l'optique d'éviter tout malentendu, source de procès et de pertes de temps, de bien rédiger ces stipulations. Elles doivent viser, de manière expresse et non équivoque, les opérations de fusion et de scission.

Se le principe de la transmission universelle du patrimoine est compatible avec les clauses de non transmission, pourra-t-on en dire autant avec les clauses, d'agrément relatives à la circulation des droits sociaux ?

## **Sous-section II. De l'applicabilité des clauses d'agrément au transfert de droits sociaux consécutif à une fusion et scission**

**503. Positionnement du problème**<sup>835</sup>- Il convient de préciser, à titre préliminaire<sup>836</sup>, que, certes, nous nous intéresserons essentiellement au cas de transmission des droits sociaux, mais les solutions qui seront dégagées s'appliquent, par ailleurs, aux contrats, d'une manière générale. Il s'agira, en l'espèce, de se demander de la compatibilité des restrictions conventionnelles au principe du transfert universel de droits sociaux.

---

<sup>834</sup> V. A. VIANDIER, art. préc. in Mlges Mouly, p. 202, n°34.

<sup>835</sup> Nous avons choisis de ne pas traiter de l'influence des clause de préemption pour deux raisons. La première consiste en ce que les mêmes solutions qui seront dégagée pour les cles clauses d'agrément leur seront ausis applicable. La deuxième raison, c'est que, contrairementdue à l'agrément, la préemption n'a pas particulièrement susicté de difficultés en cas de fusion et de scission. La preuve est qu'à l'heure actuelle la seule affaire, à notre avis, qui a permis aux juges de se prononcer sur son éventuelle incidence sur les transferts de titres consécutifs à une transmission universelle du patrimoine, est celle jugée par la Cour d'appel de Paris : V. C.A. Paris, 18 février 2000, RTD com. 200.390, note Y. REINHARD.

<sup>836</sup> Nous voudrions préciser aussi, qu'au cours des développements qui suivront, nous serons amené à évoquer beaucoup plus les clauses d'agrément que celles de préemption. Ce choix est simplement motivé par le fait que les premières ont le plus soulevé de questions.

D'assez nombreux statuts<sup>837</sup>, de plus en plus, stipulent que les cessions de titres ne peuvent avoir lieu qu'avec l'accord de la société ou des associés, ou après avoir été, au préalable, proposées aux autres associés. Par de tels mécanismes, les associés s'aménagent ainsi un contrôle sur les entrées et les sorties au sein de la société. Ces formalités s'imposent-elles lorsque le transfert des titres s'opère, non pas à titre particulier, mais, au contraire, par suite d'une opération de fusion et de scission ? La question a été débattue tant au plan jurisprudentiel<sup>838</sup> que doctrinal<sup>839</sup>.

Il apparaît, à l'évidence, que les clauses d'agrément et de préemption ne peuvent être considérées comme inconciliables, par nature, avec le principe de la transmission universelle du patrimoine, sous réserve bien évidemment d'être explicites (§.2). Mais, avant cela, il conviendrait de faire remarquer que la question de l'applicabilité ou non de l'agrément au cas de transmission universelle est, en réalité, susceptible de se poser dans deux situations différentes (§.1).

### **§.1. Les situations où le problème d'application des clauses d'agrément peut se poser**

**504. Cas de procédure d'agrément-** La question de l'opposabilité ou non d'une procédure d'agrément ou de préemption peut se poser dans deux hypothèses distinctes<sup>840</sup>. Il peut, d'abord, arriver que dans les statuts de la société absorbante figurent des stipulations qui subordonnent toute cession de titres, à de nouveaux associés, à un agrément de la société. De même qu'il est possible, et c'est de loin le cas le plus fréquent, que figurent dans le patrimoine de la société absorbée des titres d'une autre société dont le transfert à un tiers est soumis à l'obtention de l'agrément de celle-ci.

---

<sup>837</sup> V. B. MAUBRU, *Les restrictions au libre choix du bénéficiaire du transfert de droits sociaux*, Dr. & patr., n° 53-octobre 1997, p. 50.

<sup>838</sup> V. Cass. com., 3 juin 1986, Rev. soc. 1987, note Y. REINHARD ; D. 1987.85, note J.-J. DAIGRE ; J.C.P. 1988 éd. N, p. 260, obs. Y. PACLOT.

<sup>839</sup> V. notamment I. URBAIN-PARLEANI, *La fusion à l'épreuve des clauses d'agrément* in *Journées d'études, Le droit des sociétés pour 2004*, DALLOZ, 2004, p. 92.

<sup>840</sup> V. J.-P. BERTREL et M. JEANTIN, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 1991, p. 397, n° 934.

### **505. Les clauses d'agrément figurant dans les statuts de la société absorbante-**

Lorsque les statuts de la société absorbante contiennent de telles stipulations, peut-on, dans ces conditions, soutenir que les associés de la société absorbée ou scindée ne deviendront ses associés qu'après avoir été agréés ? La réponse à cette question ne saurait poser de difficultés particulières et cela, pour des raisons toutes simples.

### **506. L'obligation légale de rétribuer les associés de la société dissoute sans liquidation-**

Rappelons qu'aux termes de l'article L. 236-1 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce, il est expressément dit que « *les associés des sociétés qui transmettent leur patrimoine dans le cadre des opérations mentionnées aux trois alinéas précédents (entendre par là les opérations de fusion et de scission) reçoivent des parts sociales ou des actions de la ou des sociétés bénéficiaires et, éventuellement une soulte en espèces dont le montant ne peut dépasser 10 % de la valeur nominale des parts ou des actions attribuées* ». Cela signifie, par conséquent, que la société bénéficiaire, en l'espèce la société absorbante, reste tenue de l'obligation légale de rémunérer les associés de la société qui a disparu, du fait de l'apport qui lui a été fait. Ceci est d'autant plus vrai que le principe de la transmission universelle confirme cette solution.

**507. La logique de la transmission universelle de patrimoine-** Les fusions emportant dévolution du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante, en recueillant l'ensemble de l'actif de la première, celle-ci se trouve tenue d'assumer l'ensemble des obligations corrélatives, dont notamment celle d'émettre de nouveaux titres au profit des associés de la société absorbée<sup>841</sup>. Elle ne peut, en conséquence, se dérober à cette obligation légale en invoquant la clause d'agrément statutaire. Cet avis est d'ailleurs partagé par une large partie des auteurs<sup>842</sup>. Cette analyse est, de plus, confortée par un avis de la Commission des Opérations Boursières (COB)<sup>843</sup>. Selon celle-ci, la continuation de la qualité d'associé par les associés de la société absorbée au sein de la société absorbante est tout à fait conforme aux textes et au principe de la transmission universelle de patrimoine qui en résulte.

---

<sup>841</sup> V. C. com., art. L. 236-1, dernier alinéa.

<sup>842</sup> Voir notamment M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., § 1737 ; MERCADAL et JANIN, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 3496 ; J.-P. BERTREL et M. JEANTIN, op. cit., p. 398, n° 935.

<sup>843</sup> V. COB Bull. Mensuel, décembre 1980, p. 6. On parle aujourd'hui de l'Autorité des Marchés Financiers suite à la fusion de la COB et du Conseil de des marchés financiers.

**508. De l'exclusion tacite de l'agrément-** En outre, au-delà des articles L.236-1 et L.236-3 du Code de commerce, la solution ci-dessus exposée se vérifie par deux autres arguments. En amont, il y a d'abord le fait que les associés, au travers de l'assemblée générale, n'ont pas enjoint à la direction de mettre un terme au rapprochement avec la société qui devrait être plus tard absorbée. Car, même si au stade des tout premiers contacts entre les entreprises, les associés ne sont, parfois, pas mis au courant, il demeure qu'ils seront informés de l'opération de concentration en cours de réalisation, lorsque les négociations auront suffisamment avancé. Aussi, s'ils ne sont pas intéressés par l'opération, il leur sera loisible de demander à la direction de cesser de poursuivre les négociations. De plus, et c'est le deuxième argument, il serait aberrant, après l'opération, que les associés de la société absorbante requièrent l'application de l'agrément statutaire. La fusion-absorption ayant été entérinée par eux-mêmes, par l'intermédiaire de l'assemblée générale extraordinaire, on conçoit mal qu'ils reviennent demander à ce que les associés de la société absorbée soient soumis à un agrément. Imposer, en cette occurrence, l'application de l'agrément, ce sera certainement vouloir exclure ces associés de façon détournée. Ce qui constituera, d'après une certaine doctrine, une atteinte sérieuse au principe de l'égalité qui doit régner au sein des fusions et scissions<sup>844</sup>. Cet agrément ne sera pas, non plus valable, même dans l'hypothèse où il viserait de manière explicite les opérations de fusion et de scission. Car, on ne voit pas de quelle manière une décision des organes de direction ou même de l'assemblée générale ordinaire, viendrait remettre en cause une opération de concentration régulièrement entérinée par l'assemblée générale extraordinaire. Ce serait à la fois aberrant et inutile.

**509. Acquisition automatique de la qualité d'associés de la société absorbante-** Conformément à tout ce qui vient d'être dit, l'agrément contenu dans les statuts de la société absorbante ne saurait, par principe, empêcher l'octroi de droits sociaux aux associés de la société dissoute sans liquidation. C'est dire, en définitive, qu'une telle clause d'agrément ou de préemption est impuissante à interdire la continuation de la qualité d'associé à l'occasion de telles opérations. Et c'est à juste raison qu'elle devrait être déconseillée aux praticiens dans la rédaction des actes qui leur sont soumis<sup>845</sup>. Si l'agrément, prévu dans les statuts de la société absorbante, n'est pas de nature à empêcher la continuité de la qualité d'associé, il existe une autre situation plus délicate, qui mérite

---

<sup>844</sup> V. J.-P. BERTREL et M. JEANTIN, ouvrage préc., p. 398, n° 935.

<sup>845</sup> V. J.-P. BERTREL et M. JEANTIN, op. cit., p. 399., n° 937.

d'être posée. C'est celle où la société absorbée est associée d'une autre société dont les statuts soumettent à agrément ou préemption le transfert de titres à un tiers. Dans ce cas, la procédure d'agrément sera-t-elle opposable à la fusion et scission ? Plus précisément encore, la transmission universelle est-elle ou non compatible avec ces restrictions de circulation de droits sociaux ?

**510. Importance de la détermination du domaine de l'agrément-** Déterminer l'influence de l'agrément dans les fusions et scissions nécessite, effectivement, que soit d'abord résolue une question préliminaire. Il s'agit de délimiter, au préalable, leur domaine d'excellence. Ceci est d'une importance particulière au regard de l'objet de notre étude. En effet, de la définition de leur domaine naturel, nous saurons si de telles stipulations, telles qu'elles sont formulées le plus souvent, sont ou non susceptibles d'entraver le principe de la continuation consubstantielle à la règle de transmission universelle de patrimoine, résultant des fusions et scissions.

## **§.2. L'opposabilité du droit d'aménagement statuaire de la libre transmissibilité des droits sociaux par voie de dissolution sans liquidation d'un associé personne morale**

**511. Limitations expresses de la continuation de la qualité d'associé-** Certes, le principe de la transmission universelle du patrimoine n'est pas incompatible avec l'application de l'agrément (I). Il n'en demeure pas moins, cependant, qu'au regard de la nature spécifique du transfert qu'impliquent les fusions et scissions, l'agrément doit se traduire par une stipulation adéquate, pour y être opposable (II). Nous nous interrogerons, enfin, sur l'application de l'agrément en de dissolution sans liquidation de sociétés de personnes (III). Enfin, nous procéderons à une appréciation de la manière, critiquable, de la jurisprudence d'étendre aux fusions et scissions des clauses d'agrément destinées normalement aux cessions de droits sociaux (IV).

## **I. Le principe : opposabilité des clauses d'agrément aux transferts de droit sociaux consécutifs à une opération de transmission universelle du patrimoine**

### **512. La licéité de la clause d'agrément spécifique aux fusions et scissions-**

Aucune disposition, qu'elle vienne du droit commun ou du droit des sociétés n'interdit l'usage des clauses d'agrément aux cas de fusion ou de scission. En outre, la liberté contractuelle commande d'admettre leur application au cas d'espèce. Au-delà de cette liberté contractuelle, l'applicabilité de l'agrément au cas de transfert universel se déduit, aussi, de l'article 1122 du Code civil. Ce texte dispose qu'« *on est censé avoir stipulé pour soi ou pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé (...)* ». En d'autres termes, il est possible de recourir à l'agrément et ce, dans n'importe quelle situation. D'ailleurs, nous ne voyons pas vraiment en quoi le fait de soumettre, la transmission de droits sociaux, à une autorisation de la société émettrice heurterait la nature du transfert universel du patrimoine. L'agrément étant une prérogative offerte par la loi aux associés, il n'y a pas de raison que cela ne puisse pas s'appliquer aux fusions et scissions dès lors que ceux-ci l'auraient souhaité. Pour certains auteurs, la procédure d'agrément ne saurait être opposable aux opérations de transmission universelle du patrimoine. La principale raison invoquée est celle de la nature juridique particulière des fusions et scissions qui ne pourrait s'adapter d'une clause d'agrément, plus compatible avec les cas de cession de titres<sup>846</sup>. Plus récemment encore le Professeur BERTREL, spécialiste réputé des opérations de fusions et acquisitions, écrivait dans un excellent article, « *que le mécanisme de l'agrément, quelle que soit son origine légale ou statutaire est incompatible avec la technique de la fusion ou de la scission*<sup>847</sup> ». Cependant, il conviendrait de reconnaître qu'une telle solution est contestable, car la loi n'a nullement donné au principe du transfert universel une portée aussi absolue.

**513. Moyen de protection contre les prises de contrôle-** Refuser l'application de ces aménagements statutaires, au cas de dissolution sans liquidation de l'associé personne morale, est porteur d'insécurité juridique, qui résultera de l'application automatique du

---

<sup>846</sup> Voir à ce propos J.-P. BERTREL et M. JEANTIN, *Acquisitions et fusions de sociétés commerciales*, Litec, 2<sup>e</sup> éd., 1991, n° 939.

<sup>847</sup> V. J.-P. BERTREL, *Fusions-acquisitions : une clause d'agrément est-elle applicable en cas de fusion ou scission ?*, *Dr. & patr.*, n° 114, avril 2003, p. 33, spéc. p. 35.



principe de la transmission universelle. Il ne faut pas oublier que les fusions et scissions constituent des moyens de prise de contrôle radicaux. Car, même si la société absorbante se révèle être l'ayant cause à titre universel de la société absorbée ou scindée, il reste, tout de même, qu'une « *personne morale différente de celle de la société scindée est devenue associée (...) sans agrément* »<sup>848</sup>. Ainsi, en aménageant, de manière statutaire, la transmissibilité de ses titres, la société émettrice pourra éviter le transfert de son contrôle par voie de fusion et de scission, mais aussi des sociétés qui lui sont affiliées ou qu'elle contrôle<sup>849</sup>. Toute société, comme tout sujet de droit, a le droit de se protéger. L'agrément pour, cependant, être efficace doit remplir une certaine condition.

## **II. L'exigence d'un agrément explicite pour les cas de transfert universel de droit sociaux**

**514. L'exigence de clauses adéquates-** Pour que l'agrément puisse jouer, à l'égard des fusions et scissions, en plus d'être prévues par les statuts, elles doivent, aussi, viser spécifiquement ces opérations. Aussi, faute d'être plus explicite, la clause sera inopposable au cas de transfert universel de droits sociaux. Cette exigence qui veut que les clauses statutaires visent explicitement celles-ci pour pouvoir s'appliquer repose sur deux fondements. D'abord, il y a la nécessité de concilier deux intérêts antagonistes. Le premier, c'est celui qui consiste de respecter la logique de la transmission universelle du patrimoine, et donc celle des restructurations. Quant au second intérêt à prendre en compte, il consiste à faire en sorte que les sociétés ne soient pas, systématiquement, exposées au risque de renversement de majorité. Or, ces deux logiques ne peuvent être respectées avec des clauses d'agrément ordinaires, c'est-à-dire celles visant uniquement les cessions de droits sociaux. Par conséquent, si l'on veut vraiment concilier la logique du transfert universel du patrimoine et celle de la préservation de l'équilibre du pouvoir au sein des sociétés, il n'y a qu'une voie : celle d'exiger que ces aménagements statutaires visent explicitement les cas de dissolution sans liquidation de l'associé personne morale. D'où la nécessité de recommander aux praticiens de prendre en compte cette exigence, dans la rédaction des actes qui leur sont soumis. L'agrément doit, certes, viser toutes cessions de droits sociaux,

---

<sup>848</sup> V. D. SCHMIDT, obs. Ss Cass. com., 19 avril 1972, D. 1972.540.

<sup>849</sup> V. M.-L. COQUELET, th. préc., p. 314.

mais également les cas de transfert de titres consécutif à la dissolution sans liquidation d'un associé personne morale.

**515. Cession, domaine naturel de l'agrément-** Le deuxième fondement de la nécessité d'un agrément plus adéquat trouve sa traduction dans le fait que le domaine naturel de l'agrément est essentiellement, et par nature, la cession. Le domaine des clauses d'agrément est expressément circonscrit par le Code de commerce. En premier lieu, on peut invoquer l'article L.228-23. Il résulte, de façon nette, de l'alinéa 1<sup>er</sup> de ce texte, que les clauses d'agrément ne peuvent, par principe, s'appliquer qu'aux « **cessions** » d'actions consenties à des « **tiers** ». Il en est de même de l'article L.223-14 du même code selon lequel les parts sociales d'une société à responsabilité limitée ne peuvent être « **cédées** » à des « **tiers étrangers** » à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales<sup>850</sup>. Comme on peut le constater, le champ d'application légal et naturel des clauses d'agrément comporte deux limites. Ces formalités ne sont, par principe, opposables qu'aux « **cessions** » de droits sociaux, de plus, consenties à des « **tiers** ».

**516. La notion de cession-** On parle en général de « *cession* » lorsque des droits ou des biens, en l'espèce des droits sociaux, sont transférés de manière isolée et ce, entre vifs, autrement dit du vivant de leurs propriétaires. Cette technique est bien évidemment différente de celle de la « *transmission* » résultant des fusions et scissions. Céder, en général, c'est vendre. Et c'est justement parce qu'elle est une vente<sup>851</sup>, qu'elle est, par principe, soumise aux conditions de fond applicables au droit commun<sup>852</sup>. C'est également pourquoi, comme toute vente, elle obéit au principe du consensualisme. Ainsi, par exemple, l'écrit exigé par l'article L.221-14<sup>853</sup> du Code commerce, pour la cession des parts sociales n'est autre chose qu'une formalité *ad probationem*, et non une condition de forme à peine de nullité. La cession d'actions relève aussi de ce même principe du consensualisme, car en l'espèce, aucun écrit n'est nécessairement requis.

---

<sup>850</sup> Cette majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales est une innovation de la réforme résultant de l'ordonnance du 25 mars 2004, relative à la simplification du droit et des formalités pour l'entreprise. Avant cette réforme, en effet, la majorité requise pour les cessions au profit des tiers était d'au moins les trois quarts des parts sociales : V. Ord. n° 2004-274 du 25 mars 2004, J.O. du 27 mars 2004.

<sup>851</sup> Il existe également, au-delà de la vente, d'autres opérations qui sont identifiées à la cession. Il s'agit en l'occurrence de la donation et de l'échange. Toutes ces opérations se caractérisent en ce qu'elles impliquent un transfert à titre particulier de biens ou de droits.

<sup>852</sup> V. COZIAN, VIANDIER et DEBOISSY, op. cit., p. 313, n° 688.

<sup>853</sup> En créant cette formalité, la loi ne dit pas s'il s'agit d'une formalité *ad solemnitatem*, de publicité ou de preuve. C'est la haute juridiction qui a jugé qu'il s'agissait d'une simple condition de preuve : Cass. com., 10 mars 1992 : Rev. soc. 1992.732, obs. LIBCHABER.

**517. Non application de l'agrément aux fusions et scissions-** L'opération de fusion et de scission, n'étant pas un cas de cession, ne doit pas être subordonnée à l'obligation de requérir l'agrément non explicite, de la société émettrice. En effet, du fait de la nature juridique spécifique du transfert qu'opèrent ces opérations, elles doivent, naturellement « *échapper à l'attraction des clauses d'agrément destinées à contrôler les cessions de parts sociales ou d'actions faites à un tiers* »<sup>854</sup>. Cet avis n'est, cependant, pas partagé par tout le monde, particulièrement lorsque les titres litigieux sont émis par un groupement à fort *intuitus personae*.

### **III. L'indifférence de la forme sociale de la société émettrice quant à l'applicabilité de l'agrément au transfert universel de droits sociaux**

**518. - La dévolution des parts sociales en cas de dissolution sans liquidation d'un associé personne morale** Il faut noter que l'exigence de l'agrément, au transfert fait à un tiers, est plus ou moins rigide selon la forme de la personne morale émettrice des titres en cause. Par exemple, elle est impérative lorsque celle-ci est une société de personnes<sup>855</sup>. En revanche, elle ne l'est pas dans le cadre des sociétés par actions<sup>856</sup>. Dans ce dernier cas, l'exigence de l'agrément est abandonnée au seul jugement des associés. C'est, à la fois, sur la base de ces constats et de celui de la « *parenté de nature et d'effets entre dissolution sans liquidation d'une personne morale et le décès d'une personne physique* »<sup>857</sup> qu'il a été proposé d'appliquer, au transfert universel de titres, les solutions légales acquises en cas de mutation par décès.

**519. Les groupements de personnes-** Dans ces groupements, le décès de l'un des associés entraîne immédiatement la disparition de la personne morale, sauf stipulation contraire. Tel est le cas, notamment, de la société en nom collectif qui prend fin au cas de

---

<sup>854</sup> V. M.-L. COQUELET, th. préc., p. 309.

<sup>855</sup> C'est le cas, par exemple, des sociétés en nom collectif pour lesquelles l'article L.221-13 du Code de commerce dispose successivement en ses alinéas 2 et 3 que : « *Elles (les parts sociales) ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés* » ; « *toute clause contraire est réputée non écrite* ». C'est aussi le cas des sociétés civiles (V. C. civ. art. 1861).

<sup>856</sup> C'est notamment le cas de la société anonyme.

<sup>857</sup> V. notamment M.-L. COQUELET, *ibid.*

décès de l'un des associés<sup>858</sup>. De plus, dans un tel groupement, la transmission de droits sociaux *mortis causa* ne peut s'opérer sans l'agrément des associés. La transmission universelle consécutive à une dissolution sans liquidation d'un groupement étant construite sur la base de celle résultant du décès de la personne physique, les mêmes causes, semblerait-il, doivent entraîner les mêmes effets.

**520. Conséquence de l'analogie entre décès d'une personne physique et dissolution d'une personne morale-** Ainsi, si les parts sociales transmises sont celles émises par une société en nom collectif ou d'une société en commandite simple, concernant les commandités<sup>859</sup>, la logique voudrait que l'interdiction légale, mise en place pour tout transfert à cause de mort d'un associé personne physique, soit, *a fortiori*, appliquée au transfert consécutif à la dissolution sans liquidation de la personne morale, pour cause de fusion ou de scission. Et c'est pourquoi, selon Madame URBAIN-PARLEANI, « l'agrément devra être nécessairement sollicité lorsque les parts émises par la société tierce seront des parts de société en nom collectif »<sup>860</sup>. Selon cet auteur, « l'intuitus personae qui caractérise la société en nom collectif rend naturellement intransmissible la qualité d'associé sans l'accord des autres membres du groupement »<sup>861</sup>. En d'autres termes, puisque l'intuitus personae caractérise aussi bien la formation que le fonctionnement de ces personnes morales<sup>862</sup>, l'interprétation normale des dispositions légales devrait impliquer de transposer l'intransmissibilité à cause de mort au cas de transmission résultant d'une dissolution sans liquidation. Ceci est d'autant plus normal que c'est cet intuitus personae qui explique, dans une large mesure, la dissolution du groupement en de décès d'un associé<sup>863</sup>. C'est dire, en définitive, que cette caractéristique commande une solution, à tous égards, identique tant pour les transmissions à cause de mort que pour celles résultant de la dissolution d'une sociétés en nom collectif ou d'un groupement d'intérêt économique.

---

<sup>858</sup> V. C. com., art. L.221-15 al. 1<sup>er</sup>.

<sup>859</sup> V. C. com., L.222-10, al.2.

<sup>860</sup> V. I. URBAIN-PARLEANI, op. cit., p.98.

<sup>861</sup> V. I. URBAIN-PARLEANI, ibid.

<sup>862</sup> Ce qui ne saurait être le cas pour les sociétés à responsabilité limitée qui, même si les titres qu'elles émettent sont représentés par des parts sociales, il reste que l'intuitus personae y est moins fort que dans les SNC. Il ne saurait, encore moins, être le cas dans les SA.

<sup>863</sup> V. C. com. art. L.251-19 et L.221-15 préc.

Toutefois, à y regarder de près, on constatera que cette proposition est quelque peu excessive. Car, la similitude entre décès et dissolution sans liquidation est tout de même exagérée. Par conséquent, aussi séduisante soit-elle, elle doit contestée.

**521. Différence entre les causes de disparition-** Le premier argument qui condamne l'application automatique de l'agrément, aux fusions et scissions, même lorsque la société émettrice est une société en nom collectif, trouve sa source dans les causes mêmes de disparition des associés. La disparition de l'associé personne physique est causée par un fait juridique, le décès. Par nature, un tel événement échappe à l'emprise de la personne frappée. Il est extérieur à sa volonté. Alors que la disparition de l'associé personne morale est provoquée par un acte juridique, la convention de fusion ou de scission. Cette cause, contrairement à la première, est prévisible et maîtrisable, parce que voulue. Elle comporte moins de risques pour les autres associés.

**522. Distinction entre décès et dissolution sans liquidation-** Il est vrai que l'article L.221-15 alinéa 1<sup>er</sup> du Code commerce dispose que « *la société prend fin par le décès de l'un des associés* »<sup>864</sup>. Nous en convenons que cette disposition est censé s'appliquer tant aux associés personnes physiques que personnes morales. Cependant, conclure à la disparition pure et simple de la société parce que l'un de ses associés personne morale a été absorbée est assez excessif. Il ne faut tout de même pas pousser à l'extrême l'assimilation entre personnes physiques et morales. Car, et c'est le deuxième argument, dans le cas des fusions et scissions, la disparition de la personne morale, contrairement au décès de la personne physique, ne rime pas forcément avec fin de la vie sociale. Rappelons qu'il s'agit d'une « *dissolution sans liquidation* ». Ce qui signifie que, très souvent, même si la société absorbée ou scindée n'existe plus juridiquement, économiquement elle continue, malgré tout, de fonctionner à l'identique avec notamment le même fonds de commerce et le même personnel. Il apparaît, à cet égard, que la parenté de nature entre décès des personnes physiques et dissolution sans liquidation des personnes morales ne saurait justifier, *de facto*, l'application des solutions légales prévues, pour les premières, aux secondes, en matière de transmission de droits sociaux. De plus, à regarder de près l'article L.221-15 du Code de commerce, on remarquera qu'il est, en réalité, destiné à s'appliquer aux seules personnes physiques. Car, on n'y fait mention que des

---

<sup>864</sup> Sauf bien sûr clause de continuation, comme le dit l'article L.221-15 lui-même.

termes « décès », « mort », « héritiers » ou encore « conjoint survivant ». Nulle part, il n'est fait mention de dissolution de l'associé.

**523. Transmission universelle, une garantie-** Certes, dans les sociétés de personnes, tant l'activité sociale que la société elle-même, sont garanties par la somme des patrimoines des associés. Cette conséquence lourde qui pèse sur eux, résultante des liens forts qui les unissent, a amené tout logiquement le législateur, conscient des risques inhérents à une telle société, à mettre à leur disposition un moyen de protection. Il s'agit des clauses d'agrément, consistant à leur permettre de contrôler les entrées et les sorties au sein de la société. Ces mesures de protection sont, également, destinées à rassurer les tiers qui contractent avec la société<sup>865</sup>. Or, si ces risques sont évidents dans le cadre de la cession de parts sociales, il n'en est pas ainsi en matière de transmission universelle. Dans ce dernier cas, l'ensemble du patrimoine étant transmis *uno actu*, il n'y pas, par principe, ce risque d'amoindrissement de la valeur de la société, sans oublier que la société absorbante sera débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée. Par conséquent, l'argument tiré de l'*intuitus personae* reste inopérant, la dissolution sans liquidation de l'associé personne morale s'opérant sans discontinuité. Et cela, d'autant plus que les procédures d'agrément, prévues par le législateur, sont, en fait, destinées pour être appliquées aux « cessions » de droits sociaux et non au « transfert universel de titres. Or, malheureusement, c'est cette confusion de nature que commet la jurisprudence à l'occasion de l'interprétation des clauses d'agrément qui lui sont soumises.

---

<sup>865</sup> Il faut rappeler que les cessions de parts sociales comportent le risque de voir l'entrée d'un nouvel associé dont le patrimoine personnel ne serait pas économiquement aussi important que celui de l'ancien associé. Même si celui-ci reste, par principe, tenu du passif antérieur à son départ, il n'en demeure pas moins que le fait qu'il ne soit plus dans la société ne sera pas de nature à rassurer les tiers cocontractants.

#### **IV. L'interprétation jurisprudentielle de l'agrément en matière de transfert universel du patrimoine : une jurisprudence discutable.**

**524.** L'examen de l'état de la jurisprudence sur cette délicate question de l'application de l'agrément aux fusions et scissions, permet de constater une extension, discutable, des clauses d'agrément à l'égard de ces opérations. Ainsi, dans l'optique de mieux appréhender cette jurisprudence, nous rappellerons, d'abord, l'arrêt qui a présidé à sa création (A). Ensuite, nous tenterons de montrer son incohérence par rapport au principe de la transmission universelle du patrimoine (B). Enfin, nous tenterons d'illustrer l'incompatibilité de cette interprétation jurisprudentielle au regard de ses conséquences pratiques dangereuses (C).

##### **A. L'arrêt du 3 juin 1986**

**525. Les faits de l'espèce-** C'est le 3 juin 1986 que la Cour de cassation a créé une jurisprudence, désormais bien établie, consistant à appliquer aux fusions et scissions des clauses d'agrément, normalement destinées aux cessions de droits sociaux. Les faits sont ainsi résumés. Dans les statuts d'une société, en l'espèce la société anonyme Clerici & Compagnie, dont la société anonyme Aptunion était actionnaire figuraient des clauses imposant l'obligation de requérir un agrément pour toute cession d'actions. Une de ces clauses, l'article 7 bis, donnait même la précision suivante de ce qu'il faudra entendre par « cession » : selon cet article on doit entendre par cession « *tout acte ayant pour objet ou pour effet la mutation entre vifs de la propriété des actions (...) à titre onéreux ou à titre gratuit, de gré à gré ou autrement même par adjudication publique ou forcée, par voie de vote, d'apport en société, de donation, de partage et généralement par tout mode quelconque*<sup>866</sup> ». Aux termes d'une fusion par absorption, la société Aptunion disparaissait au profit de la société Gaci-Aptunion à laquelle la société Clerici a refusé le statut d'associé au motif qu'elle n'aurait pas bénéficié de l'agrément stipulé dans les statuts de cette dernière.

---

<sup>866</sup> V. Cass. com., 3 juin 1986, Rev. Des sociétés 1986.53, obs. REINHARD Y. ; D. 1987, jurispr., p. 95, note DAIGRE J.-J. ; JCP éd. E, 1986, 15 846, n° 6, obs. VIANDIER et CAUSSAIN.

**526. Problème juridique-** Dans cette affaire, la question juridique posée tant aux juges du fond qu'aux hauts magistrats, était celle de savoir si l'agrément contenu dans les statuts de la société est opposable au transfert de titres résultant de l'opération de fusion ? Ou encore plus largement, il s'agissait de déterminer si la procédure d'agrément ordinaire, applicable aux cessions d'actions pouvait être étendue au cas de transfert de droits sociaux consécutif à une fusion.

**527. Solution de l'arrêt du 3 juin 1986-** Pour les hauts magistrats ainsi que pour les juges du fond, la transmission universelle de patrimoine résultant de la fusion ou de la scission ne peut constituer un mécanisme exonératoire du respect de la procédure d'agrément prévue pour les cessions d'actions. Pour les juges d'appel<sup>867</sup>, même si la fusion opère dévolution globale du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante, il reste cependant qu'il résulte, en l'espèce, de l'étendue des prévisions statutaires que l'agrément est applicable à tout changement d'actionnaire, même de celui résultant d'une fusion de ce dernier avec une autre société<sup>868</sup>. Aux termes de leur analyse, la Cour de cassation affirmait que « *l'opération de fusion ne figure pas expressément au nombre des actes pour lesquels la clause d'agrément est interdite*<sup>869</sup> », approuvant ainsi l'interprétation des juges d'appel pour lesquels la clause demeure opposable au cas de fusion, rompant ainsi avec la jurisprudence de 1972. Et malgré les critiques d'une certaine doctrine<sup>870</sup>, la haute juridiction confirmera par une autre décision celle du 3 juin 1986<sup>871</sup>. Cette décision de la Cour de cassation mérite d'être contestée.

## **B. Justification juridique insuffisante de l'application jurisprudentielle de l'agrément ordinaire au transfert de titres consécutifs à une fusion et scission**

**528. Rappel de l'arrêt 19 avril 1972-** Avant d'apprécier la décision du 3 juin 1986, procédons à un rappel d'une décision de la Cour de cassation, dans laquelle elle reconnaissait l'incompatibilité du principe de transfert universel avec l'agrément qui ne lui pas spécifique. Il s'agit de l'arrêt rendu, le 19 avril 1972, par lequel la Haute juridiction,

<sup>867</sup> Il s'agit de l'arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 28 novembre 1984.

<sup>868</sup> V. Cass. com., 3 juin 1986, préc.

<sup>869</sup> Cf. Cass. com., 3 juin 1986, préc.

<sup>870</sup> Cf. BERTREL J.-P., *Fusions-acquisitions: une clause d'agrément est-elle applicable en cas de fusion ou de scission ?*, Dr. & patr., n° 114, avril 2003, p. 33 ; JEANTIN M., *Droit des sociétés*, 2<sup>e</sup> éd., Montchrestien, n° 699, cité par BERTREL, préc.

<sup>871</sup> V. Cass. com., 6 mai 2003 in *Le droit des sociétés pour 2004*, Dalloz, 2004, p. 814, note A LIENHARD, P. 107.



pour la première fois, se prononçait sur l'applicabilité de la procédure d'agrément au transfert de titres consécutif à une opération de transmission universelle de patrimoine. En l'espèce, des associés ont dissout une société, en l'occurrence une société à responsabilité limitée. Cependant, au lieu de la liquider, ils décidèrent de créer deux nouvelles sociétés, toutes des sociétés à responsabilité limitée, auxquelles ils ont distributivement apporté une quote-part du patrimoine de la société dissoute. Il s'est trouvé que dans le patrimoine de la société scindée figuraient des parts sociales d'une autre société à responsabilité limitée. Voulant exercer ses prérogatives d'associé, l'une des sociétés bénéficiaires qui a recueilli les parts sociales litigieuses s'est vu opposé un refus par la société émettrice, au motif qu'elle n'aurait pas respecté la procédure d'agrément affectant lesdits titres. Aussi, pour faire reconnaître ses droits, assigna-t-elle en justice la société émettrice.

**529. Problème juridique posé dans l'arrêt du 19 avril 1972**-La question juridique, essentielle, posée aux juges, était de savoir si la procédure d'agrément, telle que stipulée dans les statuts de la société émettrice des titres litigieux, la société Michaelides, était opposable au transfert de titres résultant d'une scission. Pour la société émettrice, la réponse est évidemment oui puisque, selon elle, l'apport recueilli par la nouvelle société aux termes de l'opération de scission, « *constituait une cession effectuée à un tiers et cela sans aucun respect des stipulations de ses statuts et des dispositions de la loi*<sup>872</sup> ». Les juges du fond ont accueilli favorablement la demande de la société émettrice. Cependant, la Cour de cassation va censurer cette décision en des termes très clairs. Pour la Haute juridiction, la transmission de titres, par voie de scission, constitue une transmission par voie de « dévolution » du patrimoine de la société disparue. Selon eux, « *la transmission des parts litigieuses faite directement de la société ancienne (...) à la société nouvelle par la dévolution de partie de son patrimoine à cette dernière ne peut être considérée comme une cession isolée faite à un tiers* ». La solution donnée par les hauts magistrats tranche complètement avec celle donnée par les juges du fond, puisqu'aux termes de leur analyse, le régime de la dévolution de droits sociaux, à l'issue d'une opération de scission, demeure distincte de celui d'une cession isolée de ces mêmes titres. C'est cette jurisprudence qu'a décidé de remettre en cause la Haute juridiction, en utilisant un raisonnement pour le moins incompréhensible.

---

<sup>872</sup> V. Cass. com., 19 avril 1972 préc.

**530. Appréciation non convaincante-** Le Professeur BERTREL faisait remarquer, à trsè juste titre, que l'arrêt du 3 juin 1986 repose sur une argumentation fragile<sup>873</sup>. Il est conestable dans son principe même. Contestable, parce que la solution qu'il dégage, contrairement à celle du 19 avril 1972, porte au rang d'acte de cession la fusion. L'article 7 bis des statuts de la société émettrice des titres litigieux stipule que « *par cession, il faut entendre tout acte ayant pour objet ou pour effet la mutation entre vifs de la propriété des actions, généralement par tout mode quelconque (...)* ». De l'interprétation desdits statuts, les juges d'appel ont cru y voir, de l'avis même des hauts magistrats, que l'agrément prévu était applicable à tout changement de titulaire des actions litigieuses, et cela, même au changement de titulaire résultant d'une fusion. Ceci est sans conteste une malencontreuse interprétation des stipulations statutaires.

**531. La contestable interprétation statutaire des juges-** Comment, peut-on confondre « cession » et « fusion » ? En effet, il faut le rappeler, le transfert consécutif à une opération de fusion et de scission n'est en rien comparable à celui résultant d'une cession au sens, notamment, de l'article L.228-23 du Code du commerce. La première implique un transfert à titre isolé, alors que les deux autres se traduisent par un transfert à titre universel, qui les caractérise. Les confondre, malgré tout, sous prétexte que « *l'opération (de fusion) ne figure pas expressément au nombre des actes pour lesquels la clause d'agrément est interdite* » consiste, tout simplement, à dénaturer la règle de la transmission universelle du patrimoine. Ce qui caractérise la cession, c'est le fait qu'elle implique une transmission à titre particulier. Les propos très justes de certains auteurs nous rappellent le réel champ d'application des clauses d'agrément. « Par cession », disent-ils, « *il faut entendre tout acte de transmission d'actions, tel que vente, échange, donation ou apport isolé* »<sup>874</sup>. Ils continuent leur analyse en affirmant qu'« *en revanche, ce terme ne vise pas les apports effectués au titre d'une fusion ou d'une scission, ou encore d'une confusion de patrimoine.* » Ce n'est pas parce qu'il est dit, dans les statuts, « (...) **par tout mode quelconque** », que forcément la fusion en fait partie. Cette précision des statuts est légitime en ce sens qu'il n'existe pas qu'un seul mode de cession de titres. Outre la vente, mode le plus répandu, il y a également l'échange, la donation. Le terme « **quelconque** » ne peut en aucune manière autoriser à déduire que les statuts prévoyaient l'application de l'agrément à la transmission d'actions résultant d'une fusion.

<sup>873</sup> V. BERTREL, art. préc., p. 35.

<sup>874</sup> V. MERCADAL B. et JANIN Ph., *Sociétés commerciales*, éd. F. Lefebvre, 2003, n° 18445, p. 934.

**532. Dénaturation des fusions et scissions-** La clause d'agrément telle qu'elle est stipulée ne saurait être opposable au transfert d'actions consécutif à une opération de fusion. Pour cela, il aurait fallu que ladite clause soit beaucoup plus large et rédigée ainsi, par exemple : « *toute transmission (et non pas cession) de titres à titre particulier ou à titre universel doit être soumise à l'agrément de la société* ». Or, ce n'est absolument pas ce qui était stipulé, tout au contraire. Le fait que la transmission universelle de patrimoine ne représente pas une variété de « cession », outre le fait que la société bénéficiaire n'est pas un tiers à l'égard du cocontractant de la société absorbée, autorisent à écarter, à l'égard des fusions et des scissions, toute stipulation rédigée telle que celle figurant dans les statuts de la société Clerici. Aussi, c'est par une douteuse interprétation que les juges du fond ont considéré, applicable au transfert d'actions résultant d'une fusion, une clause d'agrément destinée uniquement au cas de cession. Et, ce qui est curieux, c'est que les hauts magistrats aient eux-mêmes « cautionné » une telle interprétation des statuts litigieux.

**533.** Soutenir que l'agrément statutaire prévu, pour les cas de cession de titres, est opposable de plein droit au cas de fusion, c'est assurément dénaturer celle-ci. Cette analyse de la Haute juridiction est si discutable que même un auteur comme M. REINHARD qui, de façon traditionnelle, fait partie de ceux qui réclament l'application des clauses d'agréments dans toute circonstance, reconnaît, cependant, que cela ne devrait nullement impliquer leur application automatique au cas de fusion<sup>875</sup>.

**534. Inapplicabilité du formalisme de la cession de titres-** Il existe, en outre, un autre argument juridique qui condamne la tentation d'identifier le transfert universel de titres à un cas de cession. On sait notamment que toute cession de biens ou de droits est, sauf dispositions législatives expresses contraires, de principe soumise au formalisme consacré par l'article 1690 du Code civil. Or, le transfert résultant d'une transmission universelle de patrimoine n'est aucunement soumis à une telle formalité<sup>876</sup>. Ce qui est excellemment résumé par certains<sup>877</sup> en ces termes : *La transmission universelle opère comme une véritable dévolution de patrimoine ; elle est automatique et n'implique pas l'information individuelle des créanciers(ou des débiteurs). Elle ne se réduit pas à une*

<sup>875</sup> V. notamment REINHARD Y., note ss Com., 3 juin 1986, préc., spéc. P. 56.

<sup>876</sup> La fusion entre deux sociétés opère transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante. Dès lors, les formalités prescrites par l'article 1690 du Code civil en matière de transport de créances ou de droits, ne sont pas requises en ce cas. Au mieux, seul un droit d'opposition est ouvert aux créanciers des sociétés participant à ladite opération. Voir en ce sens Cass. com., 1<sup>er</sup> juin 1993 : Defrén. 1993, 35631, § 5, obs. P. LE CANNU.

<sup>877</sup> V. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit. p. 558, n° 1259.

*addition de cessions de créances et de dettes et les formalités applicables auxdites cessions(...) ne sont pas applicables ».*

**535.** Parce qu'elles impliquent, de plein droit, la transmission universelle du patrimoine<sup>878</sup> de la société absorbée ou scindée à la société absorbante ou nouvelle mais, aussi, parce que leur réalisation nécessite toute une série de mesures de publicité<sup>879</sup>, le législateur a jugé inutile l'application des formalités de publicité, spécifiques à certains biens, aux fusions et scissions. Il s'ensuit, notamment, que tout formalisme prescrit pour l'opposabilité de certains biens ou droits ne sauraient, par principe, s'y appliquer. C'est pourquoi il a été jugé et reconnu que les dispositions relatives aux cessions de créances<sup>880</sup> et aux cessions de parts de société à responsabilité limitée ne s'imposent pas dans le cadre de la transmission résultant des fusions et scissions<sup>881</sup>. Pour toutes ces raisons, à notre avis, on ne peut étendre l'application d'un agrément aux fusions et scission, tant qu'il ne les vise pas expressément. Et, c'est cette voie qu'a suivie la Cour d'appel de Paris<sup>882</sup>, faisant ainsi fi de la jurisprudence du 3 juin 1986. Ceci est d'autant plus logique que le raisonnement utilisé par la Cour de cassation n'est pas, dans le cas d'espèce, des plus judicieux.

**536. Fragilité du raisonnement de la Cour de cassation-** Rappelons que pour justifier sa décision, dans l'arrêt du 3 juin 1986, la haute juridiction a fait recours à un raisonnement *a contrario*. Il disait, à cet égard, a que « *l'opération de fusion ne figure pas expressément au nombre des actes pour lesquels la clause d'agrément est interdite* ». Ce même raisonnement est repris, dans les mêmes termes, dans l'arrêt du 6 mai 2003. Nul doute qu'une telle assertion est fondée sur une interprétation *a contrario* de la loi, en l'espèce de l'article L. 228-23 du Code de commerce. Rappelons que, selon ce texte, « *sauf en cas de succession, de liquidation de communauté de biens entre époux, ou de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant, la cession d'actions à un tiers, à quelque titre que ce soit, peut être soumise à l'agrément de la société par une clause des statuts.* » Il est aisé de constater que les hauts magistrats ont certainement relu cette

<sup>878</sup> V. Mémento Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales*, 2003, n° 26840, p. 1209.

<sup>879</sup> En l'occurrence une fois le projet de fusion ou de scission rédigé et signé, il doit faire l'objet d'un dépôt au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social de chacune des sociétés parties à l'opération (V. art. L. 236-6, al.2, C. Com.). De même, il doit faire l'objet d'un avis d'insertion dans un journal d'annonces légales du département du siège social par chacune des parties à l'opération (V. art. L. 236-6, al. 2, préc.). Et si, enfin, une au moins des sociétés participant à l'opération fait appel public à l'épargne, un avis, contenant les mêmes mentions que celles du JAL, doit être publié au bulletin d'annonces légales et obligatoires (BALO : V. art. L. 236-6, al. 2, préc.)

<sup>880</sup> V. art. 1690, C. Civ.

<sup>881</sup> V. Cass. com., 19 avril 1972: D. 1972.538 ; Cass. civ., 11 mai 1977 : Bull. civ. II, n° 124 ; Cass. com., 1<sup>er</sup> juin 1993 : RJDA 7/93, n° 622.

<sup>882</sup> V. CA Paris, 18 février 2000, 25<sup>e</sup> ch., sect. B, RTD com., 2000.390, Note REINHARD.

disposition, et ce, en débouchant sur deux découvertes. En premier lieu, ils découvrent que la procédure d'agrément, prévue en l'espèce, est opposable à « *tout transfert à quelque titre que ce soit* »<sup>883</sup>. Ils découvrent, ensuite, que l'opposabilité de l'agrément au transfert de titres, résultant d'une fusion, n'est pas expressément prohibé par le texte susvisé. Ils en concluent, par conséquent, que la clause d'agrément est opposable de droit au cas de fusion. Un tel raisonnement simple, pour ne pas dire simpliste, n'emporte pas la conviction la plus élémentaire. On sent, à ce propos, une certaine insuffisance de l'analyse des hauts magistrats qui, d'ailleurs, n'ont fait que se retrancher derrière une soit disante « appréciation souveraine » des juges. On peut d'ailleurs relever que la clarté de l'attendu par lequel la Cour de cassation a rejeté le pourvoi, confirmant ainsi la décision d'appel, n'a pas la force d'un attendu de principe. Une telle question mérite, de la part de la Haute juridiction, un raisonnement plus rigoureux et efficace pour éviter toute fausse interprétation ou fausse application des textes. Les juges du fond ont, eux-mêmes, compris aussi bien l'inexactitude de solution jurisprudentielle. C'est pourquoi, continuent-ils de la défier le plus souvent en prenant le contre-pied de la solution proposée<sup>884</sup>.

**537. Un raisonnement jurisprudentiel inopérant-** Un auteur, ayant parfaitement compris l'insuffisance du raisonnement de la Cour de cassation rappelait, à juste titre, que le raisonnement *a contrario* ne constitue pas, par principe, le recours le plus fiable pour rendre une décision qui soit juridiquement plus cohérente et efficace<sup>885</sup>. Selon cet auteur, ce raisonnement « *n'est qu'un moyen d'apporter une réponse à une question non tranchée par une loi que lorsqu'il est possible de supposer que le législateur, en prescrivant une règle pour une situation donnée, a voulu, en même temps, prescrire le contraire pour les autres situations* ». Et l'auteur de continuer que c'est cela le sens de l'adage « *qui dicit uno, negat de alter* », fondement de l'interprétation *a contrario*. Il finit son constat en ces termes « *plus particulièrement, dans une matière qui obéit à des principes de droit commun et qui connaît des exceptions, l'interprétation a contrario d'une disposition n'est*

<sup>883</sup> V. Com., 6 mai 2003, n° 750, préc.

<sup>884</sup> C'est le cas du tribunal de commerce de Vannes qui, au travers de deux jugements, et cela en dépit de la solution fixée par l'arrêt du 3 juin 1986, a tout de même jugé inopposable la clause d'agrément au transfert de titres résultant d'une fusion. Il en est de même de la Cour d'appel de Rennes, dans l'affaire opposant la société Financière de Laboratoires de Cosmétologie Yves Rocher à la société Sanofi Synthelabo. En l'espèce, les juges d'appel ont reconnu la validité de droit du transfert des titres litigieux, par voie de fusion, en écartant par principe l'application de la clause d'agrément pourtant prévue par les statuts de la société émettrice. On peut également citer le récent arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris par lequel elle refusait l'application d'une clause d'agrément au transfert d'actions résultant d'une fusion. La Cour constate que la fusion ne figurait pas au nombre des actes mentionnés par la clause d'agrément : Paris, 18 février 2000 préc.

<sup>885</sup> V. PACLOT Y., note ss Com., 3 juin préc.

*justifiée que si elle permet de retrouver le droit, non d'étendre les champs des exceptions qui sont, dit-on, d'interprétation stricte. ».* Cette analyse est pertinente, car le souhait de de faire échec à la circulation des droits sociaux, parts sociales ou actions, commande, au regard, du principe du transfert universel, de recourir à des stipulations plus adéquates. Aussi, cette volonté de procéder à un certain « *protectionnisme juridique* »<sup>886</sup>, pour éviter des prises de contrôle indirectes et sinueuses par voie de transmission universelle, ne saurait autoriser une extension de l'agrément à des cas qui n'ont pas été expressément visés. Cette analyse, juste et pertinente, est celle d'ailleurs de certaines Cours d'appel, dont notamment celle de Chambéry. Jugeant un affaire, elle affirmait, en des termes très clairs, rejetant ainsi l'analyse de la Cour de cassation, que « *les titres détenus par la société absorbée sont dévolus de plein droit à la société absorbante, ce qui dispense celle-ci de se faire agréer en qualité d'associé d'une société dont les parts figuraient dans le patrimoine transmis (...) sauf si une clause expresse dans les statuts (...) impose l'agrément de la société bénéficiaire de la fusion ou de la scission* »<sup>887</sup>. Ce qui voudrait, donc, dire, que tout souhait d'empêcher le transfert de titres par voie de fusion et de scission doit, pour être valable, viser explicitement ces opérations. Cette analyse est d'autant plus logique que la conception jurisprudentielle, établie depuis le 3 juin 1986, ne donne pas de solutions en cas de refus de la transmission des titres au profit de la société absorbante.

### **C. L'impasse de la solution jurisprudence en cas de non transmission des titres**

**538. Nullité de la cession d'actions-** La manière dont la Cour de cassation interprète l'application des clauses d'agrément générales au transfert consécutif à une opération de transmission universelle du patrimoine est porteuse de conséquences pratiques désastreuses, dont les remèdes ne pas prévus. Ceci se vérifie dans le cas particulier des actions. Rappelons-nous que l'article L.228-23 du Code de commerce prévoit que « *toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est nulle* ». Or, selon l'analyse de la Cour de cassation la formule « *toute cession* »<sup>888</sup> doit s'entendre également du transfert universel d'actions. En suivant, dès lors, le raisonnement de la Haute juridiction, les deux types de transfert étant identiques, on devrait leur appliquer les

<sup>886</sup> V. J.-P. BERTREL, art. préc., p. 36.

<sup>887</sup> V. Chambéry, 26 novembre 2002, D. 2003, p. 1216, note B. ESPESSON-VERGEAT ; Dr. sociétés août-septembre 2003, comm. 150 obs. H. HOVASSE.

<sup>888</sup> V. Cass. com., 3 juin 1986 et Cass. com., 6 mai 2003 préc.

mêmes textes, c'est-à-dire, en l'espèce, l'article L.228-23. En une telle occurrence, l'article L.228-24 propose, notamment, le rachat des titres par la société et ce, avec le consentement du cédant, la société absorbée. D'où l'impasse comme le relevait, très justement, le Professeur BERTREL<sup>889</sup>.

**539. La disparition de la qualité d'associé-** Selon cet auteur, et il a raison, il peut arriver, après le refus de l'agrément de la société absorbante, qu'aucune procédure de rachat ne soit mise en œuvre. Dans ce cas, une question essentielle se pose, celle de savoir la personne qui exercera les droits de la qualité d'associé. Est-ce la société absorbante ?, certainement pas, puisqu'elle n'a pas été acceptée. Est-ce la société absorbée ? non plus, car elle a disparu. Qui, dès lors ? Sur cette question la Cour de cassation ne donne aucune réponse.

**539.bis. L'impossibilité du droit de repentir-** On sait, en outre, que lorsque l'associé cédant n'obtient pas l'agrément du cessionnaire, il peut se raviser, c'est-à-dire renoncer finalement à la cession. Il s'agit du droit de repentir dont on sait qu'il est d'ordre public<sup>890</sup>. Lorsque l'agrément refusé l'a été dans le cadre d'une opération de fusion ou de scission, on en conviendra que l'application de cette importante prérogative est impossible, la société absorbée, considérée en ce cas comme « cédante », ayant disparu. On ne peut que remarquer l'impasse à laquelle mène ce souci permanent d'un certain « protectionnisme juridique ». L'interprétation jurisprudentielle doit, par conséquent, être fustigée. Le transfert de droits sociaux, actions ou parts sociales, n'est pas un cas de cession. Aussi, l'agrément visant celle-ci ne saurait être appliqué au premier. La seule solution, cohérente et logique, serait que les associés ainsi que les praticiens prévoient des stipulations beaucoup plus adéquates.

S'il est vrai que la nature de la transmission universelle exige des stipulations adéquates pour pouvoir mettre en échec le principe de continuation des contrats, qui en résulte, certaines situations méritent, toutefois, un traitement particulier. C'est notamment le cas de toutes les hypothèses où l'intérêt du cocontractant risque sérieusement d'être affecté si le contrat est continué par la société bénéficiaire.

---

<sup>889</sup> V. J.-P. BERTREL, art. préc., p. 36.

<sup>890</sup> V. Cass. com., 10 mars 1976: Rev. Soc. 1976, p. 332, note J. H. cité par J.-P. BERTREL, *ibid.*

## **SECTION II LES OBSTACLES D'ORDRE CONJONCTUREL A LA CONTINUATION AUTOMATIQUE DES CONTRATS A L'OCCASION D'UNE FUSION ET SCISSION**

**540. Les risques de la continuation du contrat pour le cocontractant-** La participation d'une société à une opération de fusion ou scission peut, dans certaines hypothèses, présenter des risques pour son cocontractant. Ces risques qui sont parfois liés à la conjoncture dans laquelle s'est passée l'opération peuvent, à notre avis, être de deux ordres. D'abord, le risque peut venir du déséquilibre qu'engendrera la réalisation de la fusion ou de la scission sur le contrat pour le cocontractant (§.1). Il peut, en outre, se faire que l'opération de fusion ou de scission provoque une menace sérieuse sur l'intérêt du cocontractant. C'est en particulier le cas lorsque son concurrent direct risquerait de menacer ses intérêts par le fait de la transmission universelle du patrimoine (§.2). Dès lors, il serait inadmissible d'invoquer le principe de la transmission universelle du patrimoine de tolérer la continuation du contrat, fût-il dans le cadre de la transmission universelle du patrimoine. La justice contractuelle devrait l'emporter sur le principe de la continuation résultant consubstantielle au principe du transfert universel du patrimoine.

### **§. 1. L'incidence de la fusion ou scission sur l'exécution ultérieure du contrat, limite à la règle de la continuation de plein droit des contrats**

**541. Hypothèses de rupture de l'équilibre du contrat-** Il est possible, dans certains cas, que la réalisation de la fusion ou de la scission entraîne certains risques qui résulteraient d'un déséquilibre du contrat si celui-ci se trouvait de plein droit continué. En premier lieu, la rupture de l'équilibre contractuel peut être due au fait que l'exécution du contrat deviendrait particulièrement onéreuse ou difficile pour le cocontractant en raison de la fusion ou scission. Il se peut également que la continuation automatique du contrat rende insuffisantes les garanties offertes au cocontractant au moment de la conclusion du contrat. Mais avant l'étude des situations susceptibles d'être constitutives de rupture de l'équilibre du contrat (II), il conviendrait d'en déterminer le fondement (I).



## **I. Notion et fondement de l'équilibre contractuel**

**542. Facteurs justifiant la préservation de l'équilibre du contrat-** Le contrat, en tant qu'instrument par excellence des rapports entre les acteurs économiques, doit, pour être efficace et avoir une certaine légitimité, se conformer tout au long de sa vie aux intérêts réciproques des parties contractantes. Autrement dit, il doit toujours reposer sur un certain équilibre. Celui-ci se manifeste aussi bien au stade de la conclusion qu'à celui de l'exécution du contrat. Précisons que même si la liberté contractuelle demeure le principe, c'est-à-dire celui de contracter ou non, il n'en demeure pas moins que le droit et le juge doivent veiller à ce que le contrat ne soit pas un instrument dévoyé par une partie au détriment d'une autre. Cet équilibre contractuel peut, à notre avis, trouver son fondement dans deux facteurs. En premier lieu, il peut tirer sa légitimité de la cause même du contrat, en rappelant qu'elle est l'une des conditions de fond de validité de celui-ci. On sait que la cause de l'engagement d'une partie est souvent perçue<sup>891</sup> comme étant la justification et la garantie de l'obligation de l'autre. Chacun s'engage en fonction de l'équivalent qu'il devrait recevoir. Or, cette cause pourrait être affectée si l'obligation de l'une des parties venait à être gravement biaisée du fait de la survenance d'un événement comme la fusion ou scission.

**543. La justice commutative, facteur d'équilibre du contrat-** Le deuxième facteur pouvant servir de fondement à l'équilibre contractuel, c'est la justice commutative. Le droit des contrats, faut-il le rappeler, est normalement soumis à ce principe qui garde avant tout, toute son importance. On pourrait d'ailleurs remarquer son regain d'intérêt depuis quelques années avec la naissance des clauses abusives. Ce qui a justifié en effet l'apparition de ces clauses n'est rien d'autre que la volonté législative de préservation de l'équilibre contractuel. En d'autres termes, il s'agissait de faire en sorte que le droit veille à ce qu'un minimum d'équilibre soit préservé entre les intérêts réciproques des parties. Il ne faudrait pas qu'un contractant, pour cause de tel ou tel événement, assiste à un accroissement important de ses obligations au profit de son cocontractant. C'est pourquoi,

---

<sup>891</sup> V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les obligations*, 10<sup>e</sup> éd., Cujas, 2000, p. 290, n° 492.

le législateur a par exemple décidé de la nullité de ces clauses abusives dans la perspective d'éviter un certain déséquilibre du contrat.

**543.bis. Equilibre contractuel et fusions et scissions-** Ce même esprit doit prévaloir, à notre avis, dans le cadre des fusions et des scissions. Le respect du jeu de la transmission universelle du patrimoine ne devrait pas entraîner à ce que la continuation du contrat provoque, pour le cocontractant, un déséquilibre substantiel. La réalisation d'une opération de fusion ou de scission n'a pas pour objectif ou conséquence d'entraîner une quelconque modification des obligations contractuelles. Comme nous l'avons déjà souligné, les contrats en cours au jour de la réalisation définitive de la fusion ou scission seront continués, par principe, selon les clauses et conditions existant au moment de leur conclusion. Aussi, lorsque ces opérations créent un déséquilibre grave au contrat, le cocontractant doit obligatoirement disposer de la possibilité de refuser de poursuivre la relation contractuelle en l'état. C'est dire que le déséquilibre du contrat doit pouvoir empêcher la continuation de celui-ci, et cela, en dépit du principe de la transmission universelle du patrimoine.

**544. La bonne foi, facteur d'équilibre du contrat-** Le refus par le cocontractant d'accepter la continuation du contrat, suite à un déséquilibre profond de celui-ci, ne doit en aucune façon être mal perçu par la société bénéficiaire qui devrait en principe l'admettre, et ce, au nom d'une certaine bonne foi. Il est de principe que les parties contractantes doivent exécuter, de bonne foi, le contrat qu'elles ont créé, contrat qui est fondé sur un certain équilibre. Or, cet équilibre pourrait être rompu, suite à un événement tel qu'une fusion ou scission. Dans un tel contexte, si la continuation du contrat par le cocontractant ne peut se faire qu'au prix d'un grave préjudice à ses intérêts, il aura dès lors, à notre avis, le droit de refuser de bonne foi cette continuation en dépit de la règle de la transmission universelle du patrimoine.

La logique de la bonne foi postule, ainsi, pour la société bénéficiaire de reconnaître au cocontractant la faculté de refuser la continuation du contrat lorsque le déséquilibre contractuel qui en a résulté, suite à une fusion ou scission, affecterait gravement les intérêts du cocontractant si l'exécution dudit contrat devrait se poursuivre. Aucune logique, à notre avis, ni celle résultant de l'article 1134 du Code civil, ni celle du principe de la transmission universelle ne saurait autoriser l'application de la règle de la continuation

dans ces circonstances. Tout au plus, et seulement si cela est conciliable avec les intérêts du cocontractant, une révision du contrat pourrait être envisagée pour éventuellement permettre la poursuite dudit contrat<sup>892</sup>.

## **II. Exemples de situations susceptibles d'entraîner une rupture de l'équilibre contractuel**

**545. Hypothèse de déséquilibre contractuel-** On peut notamment prendre l'hypothèse où la réalisation de l'opération de fusion ou de scission rendra plus onéreuse l'exécution de ses obligations pour le cocontractant. On peut imaginer, par exemple, un transfert du siège social ou du département de production d'un secteur de la société absorbée, transfert qui va impliquer pour le cocontractant fournisseur une importante augmentation des coûts au niveau de la livraison. Si cette augmentation des coûts sera telle que les marges brutes de bénéfices se retrouvent négatives, il est évident que la continuation du contrat créera à son détriment un déséquilibre certain et inacceptable. Poursuivre la relation contractuelle, dans ces circonstances au nom du principe de la continuation consubstantielle au principe de la transmission universelle du patrimoine, affecterait gravement l'intérêt du cocontractant. La logique de la transmission devrait, par conséquent, céder devant celle de l'équilibre contractuel qui autoriserait, à notre avis, le cocontractant à refuser la poursuite du contrat. C'est, en d'autres termes, affirmer que lorsque que la fusion ou scission va entraîner ou entraînera une certaine rupture de l'équilibre du contrat, c'est-à-dire en remettant en cause les intérêts légitimes du cocontractant, permission doit lui être reconnue de refuser la poursuite du contrat en demandant sa rupture, sans que cela soit considéré comme une méconnaissance de la règle de continuation de plein droit<sup>893</sup>.

---

<sup>892</sup> Rappelons que c'est au nom de la bonne foi que la Cour de cassation avait admis, pour la première fois de façon explicite, la révision d'un contrat, et cela, tout en visant expressément l'article 1134 du Code civil (V. Cass. com., 3 novembre 1992 préc.) Dans cet arrêt, la Haute juridiction consacrait le principe selon lequel l'exécution de bonne foi du contrat doit impliquer, de la part d'un contractant, l'acceptation d'une révision de ce contrat dans « l'intérêt de son partenaire ». Refuser une telle possibilité à son cocontractant, c'est, affirme la Juridiction suprême, violer cette obligation d'exécution de bonne foi qui incombe à tout contractant. Cette analyse des hauts magistrats ne peut qu'être accueillie avec bienveillance. Car, rien ne peut justifier et légitimer de poursuivre l'exécution d'un contrat lorsque son économie se trouve profondément bouleversée. C'est pourquoi, selon nous, aussi « conquérante » (l'expression est du Pr. J. MESTRE : V. note sous Cass. com., 3 novembre 1992, RTD civ. 1993.124) que soit la bonne foi, elle doit en effet requérir dans certains cas soit la rupture pure et simple du contrat, soit son adaptation.

<sup>893</sup> Selon Michel JEANTIN, la décision de refuser la continuation des éléments constituant la transmission universelle est constitutive d'une méconnaissance certaine de celle-ci.

## **§.2. L'existence d'une menace sérieuse sur l'intérêt du cocontractant, limitée à la règle de la continuation des contrats**

**546. La menace de l'intérêt du cocontractant, motif de refus de la continuation du contrat dans le cadre des fusions et des scissions-** S'il est incontestable que la réalisation d'une fusion ou scission emporte, par principe, la continuation de l'ensemble des contrats de la société absorbée ou scindée par la société bénéficiaire, et ce, de plein droit, il demeure cependant, toutes les fois que l'intérêt du cocontractant de la société contractante disparue risquerait d'être gravement menacé, que celui-ci doit avoir le droit de refuser légitimement la poursuite de ce contrat. Rentrent ici en conflit le principe de la continuation et celui de la préservation de l'intérêt du cocontractant qui risquerait d'être sérieusement affecté si le premier principe était mis en œuvre. C'est en particulier le cas lorsque la société absorbante se révèle être le concurrent direct du cocontractant de la société absorbée (I). Si la réalisation de l'opération comporterait le risque de gravement affecter les intérêts du cocontractant, il pourra en effet, à notre avis, et ce en toute logique, refuser toute poursuite de la relation contractuelle avec la société absorbante. Ce sera également le cas, selon nous, lorsque la transmission du contrat à la société bénéficiaire risquerait de lui donner une position dominante de nature à affecter la concurrence (II).

### **I. De la non continuation automatique du contrat lorsque la société absorbante est la concurrente directe du cocontractant**

**547. La menace de l'intérêt du cocontractant par un concurrent direct-** Il faut préciser que les opérations de restructuration telles que les prises de contrôle ou encore les fusions sont, dans certains cas, destinées pour s'emparer de concurrents directs afin de mieux maîtriser le marché de la production et/ou de la distribution. Or, de telles ambitions, outre qu'elles portent directement atteinte aux intérêts des entreprises dites cibles, affectent également un principe cher à l'économie libérale, celui de la libre concurrence. Ce qui n'est pas sans conséquences. Car cela pourra affecter l'activité économique avec la disparition progressive des entreprises concurrentes sans oublier le risque pour les consommateurs de se retrouver à la merci de grands ensembles, détenteurs de monopoles.

C'est conscient du danger d'une telle situation, que le législateur européen a décidé d'y parer au travers du règlement du Conseil des Communautés européennes 4064/89 du 21 décembre 1989<sup>894</sup>.

**547.bis. La rupture du contrat en cas de menace sérieuse-** C'est pourquoi, nous pensons que lorsqu'un tel danger risque de se produire du fait d'une fusion ou scission, le cocontractant devrait avoir le droit de refuser la continuation du contrat. Aucune règle et aucun principe ne saurait justifier que l'intérêt légitime d'un contractant soit gravement affecté par un autre contractant. La règle de la continuation des contrats, résultant des fusions et des scissions ne pourrait, dans une telle condition, permettre la poursuite de plein du contrat en cours alors même que l'intérêt du cocontractant risque d'être gravement menacé. On peut à ce titre, pour illustrer nos propos, citer l'exemple de l'affaire Yves Rocher contre Sanofi6Synthélabo<sup>895</sup>. Dans cette affaire dont nous avons déjà parlé,(V. **supra** n° ?) la société bénéficiaire avait recueilli, en recevant le patrimoine de la société absorbée, des actions de la société Yves Rocher. Voulant exercer ses droits d'actionnaire, elles s'est vu opposer un refus par la société émettrice des titres litigieux, au motif qu'elle n'aurait pas requis et obtenu l'agrément statutaire prévu. La haute juridiction donna raison à la société émettrice en affirmant que l'agrément prévu par les statuts était de plein droit applicable aux cas de fusion et de scission. En appréciant cet arrêt, nous soulignons qu'au contraire les clauses d'agrément, ne visant pas expressément les cas de fusion et de scission, ne peuvent leur être applicables de plein droit. Nous justifions cette solution par le fait que la règle de transmission résultant de ces opérations, outre d'être « *universelle* », s'opère de plein droit<sup>896</sup>. La continuation de plein droit de la qualité d'actionnaire s'impose donc au regard de la spécificité de la nature juridique des fusions et des scissions. Cependant, si la continuation de la qualité d'actionnaire ne pouvait être empêchée en invoquant la non observation de l'agrément qui ne visait pas explicitement le cas de fusion, un tout autre motif aurait pu permettre à la société émettrice de s'opposer à cette continuation du contrat d'associé. En effet, elle aurait pu tout simplement invoquer la menace sérieuse qu'aurait fait peser cette continuation sur ses propres intérêts.

**548. Affaire Yves Rocher contre Sanofi-Synthélabo-** Dans cette affaire, en effet, comme le relevait à juste titre un commentateur, « *l'opération de fusion pouvait conduire*

---

<sup>894</sup> Ce règlement a été modifié par le règlement 1310/97 du 30 juin 1997.

<sup>895</sup> V. Cass. com., 6 mai 2003, préc.

<sup>896</sup> V. art. L. 236-3 al. 1<sup>er</sup> C. com.

*la société l'Oréal, concurrente directe du groupe Yves Rocher, à prendre indirectement pied au sein de ce dernier, par le biais de sa filiale, la société absorbante Sanofi-Synthélabo* »<sup>897</sup>. Or, s'agissant de certains domaines sensibles dans lesquels l'inventivité occupe une place particulière, comme c'est le cas en l'espèce, il est évident que l'opération pouvait permettre à la société absorbante d'avoir accès à certaines découvertes et des secrets technologiques de l'entreprise cocontractante, si on appliquait le principe de la continuation dans toute sa rigueur. Une telle possibilité, on en conviendra, constitue une menace sérieuse pour le cocontractant. Dans cette affaire donc, « *avec certains risques, aisément concevables, en terme de protection des secrets technologiques, commerciaux et stratégiques du groupe Yves Rocher* », la rupture de la continuation du contrat d'associé doit s'imposer pour préserver l'intérêt du cocontractant.

**556. Arrêt Sanders**<sup>898</sup>- Cette analyse semble d'ailleurs partagée par la jurisprudence. On va, à ce titre, citer l'arrêt *Sanders*. Même si celui-ci a été rendu dans une matière autre que les fusions et scissions, il reste qu'il comporte beaucoup d'enseignements applicables en matière de transmission universelle de patrimoine. De quoi en était-il question dans cette jurisprudence ? En l'espèce, la société Sanders, fabricant de composés vitaminés et médicamenteux pour animaux avait concédé une licence de fabrication et de vente de ses produits à la société *Berry Aliments*. Dans le contrat de licence, outre qu'il y figurait une clause d'incessibilité, il était prévu que la concessionnaire devait fabriquer les aliments dans le strict respect des « formules Sanders » tant en ce qui concerne « la composition, la qualité physique, l'incorporation des matières premières que la présentation » des produits. Voulant faire entrer un actionnaire dans son capital, la société *Berry* requit et obtint l'agrément de la société concédante, la société *Sanders*. Aux termes de l'opération de cession des titres, la société concessionnaire passa sous le contrôle de ce nouvel actionnaire. Mais, curieusement, quelque temps plus tard, l'actionnaire contrôlaire de la société *Berry* a adhéré à un réseau soumis à l'influence directe du principal concurrent de la société concédante.

**549. Rupture de la confiance : risques pour le cocontractant-** Ce faisant, l'actionnaire de la société concessionnaire permettra au concurrent de la société Sanders d'avoir accès aux secrets de fabrication et aux stratégies de marketing de celle-ci. Car, il

---

<sup>897</sup> V. A. CONSTANTIN, L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou de scission : le poids des mots, le choc des principes : Bull. Joly sociétés, juillet 2003, § 160, spéc. n° 6.

<sup>898</sup> V. C.A. Paris, 7 novembre 1996 : J.C.P. éd. G. 1997, II, 22857, note MOUSSERON P.

faut rappeler que grâce à la licence de la marque *Sanders*, le concessionnaire intégrait un réseau efficacement structuré disposant de « *bureaux d'études, laboratoires agronomiques et vétérinaire, élevages expérimentaux, usine*<sup>899</sup> ». Ainsi, en permettant à la société *Berry* d'avoir un accès direct à tous les secrets de fabrication et vente, la société *Sanders* créait entre elles une certaine relation de confiance. Aussi, en adhérant à un réseau soumis à l'influence directe du principal concurrent du concédant, le concessionnaire rompait cette relation de confiance. Ce qui du coup, à prendre acte de cette rupture, décision qu'approuvèrent les juges d'appel de Paris. Les juges ont estimé qu'un tel comportement, outre qu'il affecte la confiance du concédant, est de nature à nuire à ses intérêts du fait qu'en l'espèce l'adhésion du concessionnaire au réseau de son principal concurrent permet ipso facto à celui-ci d'avoir accès à tous ses secrets de recherches, de fabrication et de vente<sup>900</sup>.

**550. Nécessité de prendre en compte l'intérêt du cocontractant-** Cette décision de la Cour d'appel de Paris, certes, a été rendue en matière de cession de contrôle. Mais, malgré tout, elle garde toute sa vitalité et sa pertinence pour être transposable en droit des fusions. Car, l'opération de fusion n'est-elle pas, quelque part, une autre forme de prise de contrôle ? Cette solution mérite, par conséquent, d'être approuvée. Rien, en effet, ne saurait permettre de méconnaître les intérêts de son cocontractant. C'est dire, en définitive, que même si l'*intuitus personae* ne constitue pas, par principe, en droit des fusions et scissions, une limite à la continuation des contrats conclus par la société absorbée, en revanche, lorsque l'intérêt du cocontractant se trouve être en danger, ladite continuation doit être éludée.

**551. La question du détenteur du pouvoir d'appréciation du déséquilibre contractuel-** S'il est admis que le déséquilibre du contrat au détriment du cocontractant puisse constituer pour celui-ci un motif de rupture du contrat, se pose, toutefois une question capitale. C'est, en l'espèce, celle de savoir la personne compétente pour apprécier à la fois l'existence et l'ampleur de cette rupture de l'équilibre du contrat ? Est-ce celle qui est protégée, c'est-à-dire le cocontractant, le juge ou encore un arbitre qui sera désigné à cet effet ? À notre avis, afin de parer à tout risque d'abus, il serait prudent que cette appréciation soit du ressort du juge. Ainsi, aux termes de l'opération de fusion ou de

---

<sup>899</sup> V. Paris, 7 novembre 1996, préc.

<sup>900</sup> V. Paris, 7 novembre 1996, op. cit..

scission, s'il en résulte un certain déséquilibre du contrat, du fait de celle-ci, au détriment du cocontractant, celui-ci aura la possibilité de refuser de poursuivre la relation contractuelle, en dépit du principe de la transmission universelle du patrimoine, en invoquant devant le juge cette rupture de l'équilibre contractuel. Il reviendra, dès cet instant, au juge d'établir si réellement l'opération de fusion ou de scission a entraîné pour le cocontractant un déséquilibre tel qu'il ne pourra poursuivre la relation contractuelle en l'état.

**552. Critères d'appréciation du déséquilibre du contrat-** Il se pose au juge cependant la question des critères susceptibles de lui permettre d'apprécier cette rupture de l'équilibre contractuel. Sachant que ces critères ne lui sont pas livrés ni par la loi ni par le contrat lui-même, il lui reviendra, à notre avis, de procéder à une appréciation *in concreto*. Il doit ainsi déterminer la gravité de la perturbation engendrée sur l'équilibre du contrat par la fusion ou la scission. Il doit, en d'autres termes, chercher à savoir si les conséquences de l'opération sur l'équilibre du rapport contractuel sont telles que la continuation de plein droit de celui-ci sera pour le cocontractant hautement dommageable. Le juge ne pourra alors autoriser le cocontractant à refuser la continuation du contrat que lorsque l'opération de fusion ou de scission aura fortement fragilisé sa position contractuelle. Le juge joue ici, ainsi qu'on peut le remarquer, un rôle de régulateur, rôle qui lui permet à la fois de préserver l'intérêt contractuel du cocontractant et celui de l'opération de restructuration. Ce qui permet de refuser de reconnaître le déséquilibre invoqué par le cocontractant lorsque ce déséquilibre n'est pas avéré.

**553.** L'un des facteurs qui fondent la légitimité et la licéité d'un rapport contractuel, c'est l'équilibre des intérêts des parties qu'il prend en compte et sur lequel il a été bâti. Et dans le souci de lui garantir toute son efficacité au cours de toute la période de son exécution, il est impératif de préserver cet équilibre dans l'intérêt commun des parties. Car, si cet équilibre venait à rompre, le contrat n'aura plus sa légitimité originelle, et la continuation de son exécution deviendrait par conséquent injuste. Ce déséquilibre du contrat peut se manifester tant au début qu'à la phase ultime de son exécution. Il peut également à se manifester à une période précise de la vie d'une des sociétés contractantes, notamment lorsque l'une d'elles est, par exemple, partie prenante à une opération de restructuration.



## II. Le risque d'abus de domination, limite à la règle de la continuation des contrats ?

**554. Concentration économique-** De façon générale, les opérations de fusion et de scission<sup>901</sup>, outre le transfert universel de patrimoine qu'elles réalisent, entraînent diminution du nombre des sociétés en présence et opèrent, de ce fait, une certaine concentration d'activité. Il se trouve qu'une telle concentration peut s'opérer entre sociétés intervenant soit dans un même secteur, soit sur un même marché<sup>902</sup>. Sachant les possibilités d'interférences qui existent entre les restructurations d'entreprises et le droit de la concurrence<sup>903</sup>, une telle situation peut, dès l'abord, être de nature à affecter l'un des principes chers à l'économie du marché, en l'occurrence celui de la concurrence. Il ne faut pas perdre de vue en effet que la concentration<sup>904</sup> économique qui naît des opérations de fusion et d'absorption peut être de nature à affecter, dans certaines hypothèses, la concurrence.

**555. Concentration et concurrence-** Des auteurs<sup>905</sup> ont en effet très justement relevé que les *« fusions et les scissions de sociétés constituent un moyen radical de prise de contrôle d'une société sur les actifs d'une autre. Les effets des fusions et scissions sont, en effet, beaucoup plus radicaux que ceux d'une simple prise de contrôle par voie de cession d'actions puisque aussi bien la personnalité morale d'au moins l'une des sociétés en cause se trouve atteinte. Ces effets expliquent que la fusion et la scission constituent généralement la seconde étape du rapprochement de deux ou plusieurs entreprises »*. Ce constat permet, dès l'abord, de comprendre qu'une certaine précaution doit être prise pour que ces opérations ne soient pas constitutives d'une situation susceptible d'affecter la

<sup>901</sup> Il faut tout de même préciser qu'en cas de scission réalisée en vue de former de sociétés nouvelles, il n'y a pas de diminution du nombre de sociétés. Il y a, au contraire, création de deux ou plusieurs sociétés nouvelles.

<sup>902</sup> La notion de marché prend en compte deux aspects : un premier relatif à la dimension géographique, c'est-à-dire l'ensemble du territoire concerné par l'activité économique de l'entreprise, et un deuxième aspect qui, lui, est matériel. Ce deuxième aspect est plutôt relatif au produit même en cause, ainsi que les produits qui lui sont identiques ou substituables. Il faut tout de même préciser qu'en ce qui concerne l'aspect dimension géographique, il reste variable, c'est-à-dire qu'il n'est pas le même selon le type d'activité en cause.

<sup>903</sup> V. en ce sens Cl. CHAMPAUD, *Rapport de synthèse in « Restructurations d'entreprises et droit de la concurrence », Colloque du LERADP, Université de Lille II du 14 décembre 1991, LGDJ 1993, p. 128.*

<sup>904</sup> Selon l'article L. 430-1 du Code de commerce, une concentration est réalisée dans les trois situations suivantes :

- la fusion de deux entreprises auparavant indépendantes ;
- l'acquisition par une ou plusieurs entreprises du contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises ;
- la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable les fonctions d'une entité économique autonome.

<sup>905</sup> V. MM. BERTREL J.-P. Et JEANTIN M., *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, Litec, n° 751.

concurrence. Et c'est d'ailleurs pour justement éviter que cela arrive, que les autorités tant nationales que communautaires ont pris des dispositions permettant de parer à une telle éventualité<sup>906</sup>. On peut, dès lors, dans ces conditions se poser une question. Qu'en sera-t-il des contrats de la société absorbée dont la transmission à la société absorbante risquerait d'affecter la concurrence ? Doit-on refuser leur transmission et donc leur continuation par la société absorbante ? Ou, au contraire, doivent-ils nécessairement, au nom du principe de la transmission universelle de patrimoine, être transférés au bénéfice de la société absorbante ? Avant de répondre à cette question, il conviendrait, à notre avis, de rappeler brièvement la réglementation relative au contrôle des concentrations.

**556. Critères d'application de la réglementation sur le contrôle des concentrations-** La réglementation relative au contrôle ne s'applique que lorsque trois conditions sont réunies. Il faut, en premier lieu, que le chiffre d'affaires mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes des personnes physiques ou morales participant à l'opération soit supérieur à 150 million d'euros<sup>907</sup>. D'autre part, le chiffre d'affaires total hors taxes, réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés, doit être supérieur à 50 millions d'euros<sup>908</sup>. La troisième condition, enfin, consiste en ce que l'opération de concentration envisagée ne doit pas entrer dans le champ d'application de la réglementation européenne, c'est-à-dire celle du règlement CEE du 21 décembre 1989 portant sur le contrôle de concentration des entreprises<sup>909</sup>. Il peut se faire, toutefois, que l'opération de concentration projetée ne réunisse pas les critères financiers permettant à la réglementation relative au contrôle de

---

<sup>906</sup> En France, les règles régissant le contrôle des concentrations sont contenues dans l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Les dispositions de ce texte sont désormais intégrées dans le Code de commerce. Il faut rappeler par ailleurs que ces dispositions ont été modifiées par la loi du 15 mai 2001, dite loi NRE. Le droit communautaire n'est pas, non plus, en reste en matière de contrôle de concentrations. A ce titre, on peut relever le règlement 4064/89 du 21 décembre 1989 du Conseil, texte qui n'est entré en vigueur que le 21 septembre 1990 ; M. GERMAIN, Traité de droit commercial, G. Ripert et R. Roblot, vol. 1, préc. n° 827 et s.

<sup>907</sup> V. à ce propos C. com., art. L. 430-2 al. 1<sup>er</sup>.

<sup>908</sup> Il faut préciser que ce seuil de 50 millions d'euros a été mis en place par la réforme issue de la loi sur les mesures de simplification et de codification du droit du 2 juillet 2003. En vertu de l'article 26 de cette loi, le Gouvernement est autorisé à prendre, par ordonnance, toute disposition afin, notamment, de relever le seuil du chiffre d'affaires des entreprises soumises au contrôle des opérations de concentration. Aussi, est-ce dans cet esprit, que l'article 25 de l'ordonnance n°2004-274 a été adopté le 25 mars, et a conduit à un rehaussement du second chiffre d'affaires réalisé en France de 15 à 50 M d'euros hors taxes par au moins deux des sociétés concernées.

<sup>909</sup> Il faut, cependant, rappeler qu'il peut arriver, alors même que l'opération entre dans le champ d'application de la réglementation européenne, que l'autorité nationale soit également saisie de cette même opération. Ce scénario a été prévu par le législateur. A ce titre, n'oublions pas que l'article L. 430-2 prévoit que lorsqu'une opération de concentration, entrant dans le champ d'application du règlement CEE précité et qui a fait l'objet d'un renvoi total ou partiel à l'autorité nationale, cette opération sera dès lors soumise, dans la limite de ce renvoi, aux dispositions de la loi du 15 mai 2001.

s'appliquer. Pour autant, l'opération n'est pas exempte du risque de porter atteinte à la concurrence.

**557. Continuation de contrats en cours et concurrence-** Car, il peut, malgré tout, arriver que l'opération de fusion ou de scission, du fait de la continuation de certains contrats, soit susceptible d'affecter la concurrence. L'interrogation est légitime puisque le test de concurrence qui sera effectué par les autorités compétentes consistera à rechercher si l'opération est susceptible de créer ou de renforcer une position dominante sur le marché concerné mais, également, si elle crée une restriction sensible de la concurrence sur le marché concerné par l'opération. C'est en particulier le cas lorsque l'opération de concentration, c'est-à-dire de fusion ou de scission, du fait de la transmission de certains contrats, octroie ou renforce une position dominante à la société bénéficiaire. Se pose, dès lors, la question de la continuation ou non des contrats de la société absorbée ou fusionnée, contrats dont la poursuite pourrait générer de graves conséquences sur la concurrence. On peut envisager la réponse à cette question de deux points de vue, selon que la société absorbée est (A) ou non (B) une entreprise en difficulté.

#### **A. La société absorbée, une entreprise *in bonis***

**558. Règle de continuation et position dominante-** Lorsque l'entreprise destinée à être absorbée, que ce soit par voie de fusion ou de scission, détient dans son patrimoine des contrats dont la continuation est susceptible de produire ou de renforcer, au profit de la société bénéficiaire, une certaine position de domination<sup>910</sup>, il est évident que les cocontractants de la société absorbée vont se trouver dans une situation délicate. Doivent-ils, au nom du principe de la transmission universelle du patrimoine, accepter la continuation de ces contrats auxquels ils sont parties ? Ou peuvent-ils, au contraire, s'opposer à leur continuation ?

---

<sup>910</sup> Il y a position dominante d'une entreprise, ou d'un groupe d'entreprises, lorsque sa situation sur un marché déterminé lui donne, compte tenu des potentialités de concurrence, le pouvoir d'agir sans tenir notablement compte des concurrents. Il est, à notre avis, légitime de se demander, dans ces conditions, des possibilités de recours qu'offre la loi au cocontractant pour faire face aux risques que comporte la position dominante de la société bénéficiaire du fait de la continuation de certains contrats de la société absorbée ou scindée. Peut-il, en amont, c'est-à-dire avant même la réalisation définitive de l'opération de fusion, s'opposer à celle-ci en refusant la continuation desdits contrats ?

**559. Abus de domination-** Rappelons autant en droit français qu'en droit communautaire, que ce n'est pas la position dominante en elle-même qui est répréhensible. Mais, au contraire, le comportement des entreprises qui la détiennent<sup>911</sup>. En d'autres termes, ce n'est pas le fait d'avoir une certaine puissance économique qui est condamnable pour une entreprise, mais le fait d'en abuser<sup>912</sup>. L'abus de domination caractérise le comportement d'une entreprise, ou d'un groupe d'entreprises, consistant à profiter de sa puissance économique pour imposer certains comportements à ses partenaires<sup>913</sup>. *À priori*, on pourrait dire que, même si la continuation du contrat donnerait ou renforcerait la position dominante de la société bénéficiaire, cela ne saurait être invoqué par le cocontractant pour refuser la continuation dudit contrat, auquel cas il y aura violation de la règle de transmission universelle du patrimoine<sup>914</sup>. Puisqu'il n'y a que son abus qui est sanctionné lorsqu'il est de nature à fausser le jeu de la concurrence, la position dominante ne saurait donc, par principe, être invoquée pour mettre en échec la règle de la continuation des contrats consubstantielle au principe de la transmission universelle du patrimoine.

**560. Refus de la continuation en cas d'entrave à la concurrence-** Cependant, même s'il n'y a que l'abus de la position dominante qui est sanctionné et non pas la position dominante elle-même, il n'en demeure pas moins que certaines opérations méritent d'être examinées de plus près. Quid, en effet, du cas où le renforcement de la position dominante par la société bénéficiaire, du fait de la fusion, aura pour effet certain d'affecter la concurrence. L'article 2 du règlement de 1989 dispose justement qu'une opération de concentration n'est interdite que dans le cas où elle crée ou renforce une position dominante qui a « *pour effet d'entraver la concurrence* »<sup>915</sup>. A notre avis, à moins de

<sup>911</sup> V. C. com., art. L. 420-2.

<sup>912</sup> V. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Droit commercial*, 8<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2004, p. 467, n° 603.

<sup>913</sup> L'abus de domination peut revêtir deux formes :

- d'abord un abus de position dominante. C'est la situation consistant pour une entreprise, par exemple, disposant d'une certaine importance sur un marché déterminé, à profiter de sa situation pour adopter certains comportements nuisibles pour la concurrence. Cela est condamné par la loi. Selon l'article L. 420-2 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce, « *est prohibé, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci* »;

- l'abus de position dominante peut, aussi, se traduire en un abus de dépendance économique. La deuxième forme de l'abus de domination est représentée par ce qu'on désigne d'abus de l'état de dépendance économique. L'état de dépendance économique constitue, lui, l'envers de celui de la position dominante. Il caractérise la situation dans laquelle une entreprise se trouve obligée de poursuivre des relations commerciales avec une autre lorsqu'il lui est impossible de s'approvisionner en produits substituables, et cela, dans des conditions équivalentes. Aux termes de l'article L. 420-2 du Code de commerce, seule l'exploitation abusive par une entreprise d'une position dominante ou de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve une entreprise cliente ou fournisseur est réprimée.

<sup>914</sup> Ce qui donnera la possibilité à la société bénéficiaire de demander la condamnation du cocontractant à poursuivre la relation contractuelle ou, le cas échéant, au versement par lui de dommages et intérêts.

<sup>915</sup> V. Règlement Cons. CEE n° 4064/89 du 21 décembre 1989. D'ailleurs cet article est resté inchangé dans le nouveau règlement CEE n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

mettre le marché concerné en danger, on ne saurait accepter que la société absorbante, bénéficiaire déjà d'une position dominante, recueille en plus des contrats de la société absorbée qui lui renforceraient la position qui est la sienne. Accepter la transmission desdits contrats, serait mettre en danger les cocontractants de la société absorbée qui vont se retrouver, à l'égard de la société absorbante, dans une situation de dépendance économique. Ce serait, par ailleurs, condamner davantage, et cela, de manière certaine, les concurrents à disparaître.

**561.** Les autorités de contrôle peuvent ainsi considérer que l'acquisition ou le renforcement d'une certaine position dominante par la société bénéficiaire, aggraverait certainement la concurrence, dans l'hypothèse où certains contrats de la société absorbée lui seraient transmis. Il est évident que, dans ce cas, les autorités de contrôle doivent, soit d'elles-mêmes, soit à la demande du cocontractant<sup>916</sup>, refuser la transmission desdits contrats, ou à tout le moins une partie d'entre eux, ou même interdire l'opération de fusion, en se fondant sur le caractère abusif de la réception de certains contrats par la société absorbante, bénéficiaire déjà d'une position dominante. Une telle solution est, à notre avis, logique car elle permettrait à la fois de protéger les cocontractants et les autres concurrents de la société bénéficiaire. Une telle intervention des autorités nationales serait également possible dans le cas d'une opération de dimension communautaire. Le nouveau règlement CE du 20 janvier 2004, dans son article 9 alinéa 2<sup>917</sup>, prévoit en effet qu'un Etat membre serait recevable de contrôler une concentration de dimension communautaire, si celle-ci « *menace de créer ou de renforcer une position dominante entravant la concurrence de manière significative sur un marché distinct* »<sup>918</sup>.

**562.** Cette analyse paraît *a priori* extrême, mais il y va de l'intérêt de l'ordre public économique qui ne peut souhaiter la disparition de certaines entreprises même au prix de sacrifier certaines opérations de concentration. Il faut d'ailleurs rappeler, à cet effet, qu'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public (...)* » énonce l'article 6 du Code civil. Par ce texte, le législateur assigne des bornes

---

<sup>916</sup> La réglementation sur la concurrence étant relative à l'ordre public économique, il est évident qu'outre les parties à l'opération de concentration, toute personne qui a intérêt, dont notamment le cocontractant de la société absorbée, peut saisir les autorités de contrôle.

<sup>917</sup> V. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Droit commercial*, préc., p. 477, n° 620.

<sup>918</sup> Le nouveau règlement a donné une définition du « marché distinct », définition qui, de l'avis même d'une certaine doctrine, n'est pas claire. Il semble qu'il faudrait attendre la jurisprudence pour en avoir une idée plus précise. Selon l'article 9, 7 du règlement du 20 janvier 2004, le marché distinct évoquerait « un territoire sur lequel les conditions de la concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué des territoires voisins où les conditions de concurrence sont sensiblement différentes : V. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*, idem.

aux volontés individuelles. En effet, pan substantiel de l'ordre public économique, le droit de la concurrence, permet d'apporter-là une limite aux libertés contractuelles<sup>919</sup>. Fondement de l'économie de marché, c'est-à-dire en tant que norme essentielle<sup>920</sup> de celle-ci, la concurrence ne saurait être sacrifiée, fût-il sous l'autel du principe de la transmission universelle de patrimoine. Cette non continuation des contrats, en l'espèce, peut trouver son fondement légal dans l'article L. 430-6 du Code de commerce. Conformément à ce texte, une opération est interdite parce qu'elle est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante ou par la création ou le renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique. On peut ainsi imaginer que si le Conseil de la concurrence estime que l'opération de concentration, notamment de fusion, est de nature à porter atteinte à la concurrence<sup>921</sup>, il peut prendre des mesures pour y faire face, dont le refus de transmission desdits contrats. A ce titre, on note une différence entre le droit communautaire de la concurrence et le droit français quant à la méthode d'appréciation de l'effet anticoncurrentiel d'un contrat<sup>922</sup>. Il faut préciser que la Cour de justice des communautés européennes retient, elle, la « *théorie de l'effet cumulatif* ». Cette théorie, dans le cadre de la détermination de l'effet anticoncurrentiel, permet de prendre en considération l'ensemble des contrats similaires du ou des contrats qui lui sont soumis. Cependant, il faut insister sur le fait que le refus de non continuation des contrats de la société absorbée, parce qu'étant de nature à renforcer une situation de position dominante, ne saurait être envisagé que dans le seul cas où il existerait un lien de causalité certain entre l'opération de concentration envisagée et l'état de position dominante.

**563. Lien de causalité entre fusion et position dominante-** La Commission européenne a d'ailleurs dans une affaire<sup>923</sup>, en procédant à une interprétation de l'article 2 du règlement de 1989, tout en admettant son application au cas de fusion, déduit qu'il doit exister un lien de causalité entre la fusion et le renforcement d'une position dominante. Ceci veut dire que lorsqu'une fusion, par le transfert d'un contrat, produit ou renforce une

<sup>919</sup> V. en ce sens B. OPPETIT, « *La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence* » : Rev. sc. mor. Et pol. 1995, p. 241 et s.

<sup>920</sup> V. A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit européen des affaires*, L.G.D.J., 2003, p. 14, n° 17.

<sup>921</sup> Selon toujours l'article L. 430-6 du Code de commerce, une fois saisis, le Ministre et le Conseil doivent aussi déterminer si l'opération de concentration envisagée apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. En pratique, cependant cette faculté qui ressemble à la prise en compte des « *efficacités* » aux Etats-Unis ne permet en général jamais d'obtenir la réalisation de l'opération véritablement anti-concurrentielle.

<sup>922</sup> V. [www.rechts.msh-paris.fr/communication/textes/brunetti.htm](http://www.rechts.msh-paris.fr/communication/textes/brunetti.htm)

<sup>923</sup> V. Comm. CE, déc., 9 juillet 1998, aff. IV/M. 308, KaliCSalz/MDK/Truhand : Bull. UE 7/8-1998, pt. 1.3.46.

position dominante ayant pour effet d'entraver la concurrence, le cocontractant peut s'opposer à la continuation du contrat en question.

Par conséquent, la production ou le renforcement d'une position dominante que risquerait de causer une fusion ou une scission est de nature à permettre aux cocontractants de la société absorbée de refuser la continuation de ces contrats. Mais, peut-on en dire de même lorsque ladite société absorbée est une entreprise en difficulté ?

### **B. La société absorbée, une entreprise en difficulté**

**564. L'absorption d'une entreprise en difficulté-** Si au plan juridique, rien ne s'oppose à ce qu'une fusion s'opère entre sociétés de forme différente<sup>924</sup>, de la même façon rien n'empêche, en principe, qu'elle intervienne entre sociétés de santé financière différente. Même dans les derniers instants de sa vie, une société peut participer à une opération de fusion. Il est en effet expressément prévu<sup>925</sup> qu'une société même en liquidation peut prendre part à une opération de fusion, à la condition toutefois que la répartition de ses actifs entre les associés n'ait pas fait l'objet d'un début d'exécution.

**565.** Ainsi, une entreprise qui est en état de cessation de paiements pourrait très bien attirer, voire attiser la convoitise d'une autre entreprise et déboucher sur une fusion-absorption de la première par la seconde. Cette fusion va, tout logiquement, permettre à la société absorbante de recueillir les contrats en cours de la société absorbée. Si la transmission de ces contrats est de nature à créer ou renforcer une certaine position dominante, susceptible de nuire à la concurrence, il peut se poser la question de savoir, comme dans la précédente hypothèse, si les cocontractants de la société absorbée seront admis à empêcher que la continuation desdits contrats ait lieu ?

**566. Principe de non continuation-** Lorsque la société absorbée est une entreprise en difficulté, la logique voudrait que la solution ne soit pas différente de celle de l'entreprise *in bonis*. Autrement dit, les autorités de contrôle doivent refuser la continuation des

---

<sup>924</sup> V. C. com., art. L. 236-2 ; B. CAILLAUD et A. BONNAFFÉ, « Les fusions faisant intervenir des sociétés de personnes » : JCP 1998, n° 15-16, p. 595.

<sup>925</sup> V. C. com., art. L. 236-1.

contrats, comme dans le cas de l'entreprise *in bonis*, dès lors que leur transmission aura pour effet certain de créer ou renforcer une position dominante au bénéfice de la société absorbante, de nature à affecter la concurrence. Il existe, tout de même, à notre avis, une limite à ce principe de non continuation des contrats en cas de production ou de renforcement de position dominante au bénéfice de la société bénéficiaire. Il s'agit de la règle dite de l' « *exception de l'entreprise en difficulté* ».

**567. L' « exception de l'entreprise en difficulté »**<sup>926</sup>- Conçue aux Etats unis, sous le nom de « *Failing company defence* », cette exception est aujourd'hui reprise en Europe<sup>927</sup>. Selon cette règle, il n'y aura pas lieu de s'opposer à une opération de concentration dès lors que la disparition de l'entreprise devait avoir des conséquences sur la concurrence plus importantes que celles découlant de la concentration elle-même. Il faut préciser que la justice française a déjà eu à l'appliquer dans l'affaire « *Moulinex* »<sup>928</sup>.

**568. « Fusion de sauvetage »**- L'objectif de cette exception de l'entreprise en difficulté c'est, après avoir certes constaté que la concentration en l'occurrence affecte la concurrence, de l'autoriser tout de même puisque ses effets sur le progrès économique sont plus bénéfiques que ceux affectant la concurrence. C'est donc une manière d'assouplir le droit de la concurrence. Ce qui a débouché sur la création d'une notion, celle de « *fusion de sauvetage* » qui, dans des circonstances exceptionnelles, admet qu'une opération de concentration, qui en temps normal aurait été interdite, soit autorisée, au motif que l'une des entreprises participantes est une société en difficulté. Ainsi, une opération de fusion ne saurait être empêchée dès lors qu'elle permet de sauver une entreprise en difficulté. Peu importe qu'elle affecte la concurrence du moment qu'elle comporte des bénéfices certains et plus importants pour l'économie que la disparition de la société cible.

**569. Contrôle de la fusion de sauvetage**- Les autorités de contrôle ne vont donc ni refuser la continuation des contrats créant ou renforçant la position dominante, ni même

---

<sup>926</sup> C'est une règle qui permet, en matière de concentration, à ce qu'une opération normalement interdite puisse être autorisée dès lors que l'une des entreprises participantes est en difficulté.

<sup>927</sup> V. Kurt HAEGEMAN, *L'influence de la loi anti-trust américaine sur le droit de la concurrence européen : « l'exception de la société en difficulté »* : Gaz. Pal. 2000, p. 1238-1241.

<sup>928</sup> Dans cette affaire, le tribunal de commerce de Nanterre, après avoir relevé l'état de cessation des paiements dans lequel se trouvait l'entreprise Moulinex a ouvert à l'égard celle-ci une procédure de redressement judiciaire. Le plan de continuation n'étant pas possible, faute de trésorerie suffisante, le tribunal a accepté un plan de cession partielle des actifs de cette entreprise au profit de l'entreprise SEB. Alors même que cette cession créait au profit de la société SEB un renforcement de position dominante. Et malgré les protestations des sociétés Philips et Babyliiss, la Commission, sur demande des autorités françaises a fait application des règles nationales concernant les effets de l'opération en France et a, par la suite, autorisé cette opération de concentration : V. Contrats, conc., consom. 2004, comm. 59.



refuser la fusion elle-même. Toutefois, il convient de noter que cette « *fusion de sauvetage* » doit être entourée de toutes les garanties nécessaires. Selon nous les autorités de contrôle doivent, en premier lieu, avant d'autoriser la fusion de sauvetage, procéder au préalable à l'élaboration d'un bilan économique des effets de l'opération projetée. L'importance de l'élaboration de ce bilan, c'est qu'elle permet de déterminer avec précision l'effet bénéfique de l'opération pour le progrès économique ou social, avant d'examiner si ses retombées économiques peuvent compenser les atteintes potentielles à la concurrence. C'est ce qu'a d'ailleurs reproché le Conseil d'Etat au Ministre de l'économie dans l'affaire Moulinex<sup>929</sup>. On doit, en second lieu, examiner s'il n'existe pas d'autres alternatives moins dommageables pour la concurrence que la fusion projetée. On peut notamment chercher de savoir si une autre entreprise ne serait pas candidate à l'absorption ou à la reprise de la société en difficulté. Et le Conseil a, à juste titre, raison d'affirmer que le ministre doit, avant toute autorisation, s'assurer que trois conditions sont remplies : « *en premier lieu, que ces difficultés entraîneraient la disparition rapide de la société en l'absence de reprise, en deuxième lieu, qu'il n'existe pas d'autre offre de reprise moins dommageable pour la concurrence, portant sur la totalité ou une partie substantielle de l'entreprise et, en troisième lieu, que la disparition de la société en difficulté ne serait pas moins dommageable pour les consommateurs que la reprise projetée* »<sup>930</sup>.

En définitive, on imagine aisément que lorsque toutes ces garanties ne seront réunies, la continuation des contrats en question n'aura pas lieu. Mieux, la fusion en elle-même peut être refusée. Ce qui dans les deux cas empêchera la transmission des contrats en cours de l'entreprise en difficulté participant à une opération de fusion.

---

<sup>929</sup> Ce qui a amené le Conseil d'Etat a annulé la décision du ministre de l'économie ayant autorisé l'opération de cession partielle des actifs de Moulinex à SEB : V. CE, 3<sup>e</sup> SS-Sect., 6 février 2004, Société Royal Philips électronique et a., req. n° 249262, 252297, 252809 : Juris-data n° 2004-066409.

<sup>930</sup> V. COLLIN Robert et PONSARD Michel, *Le contrôle des opérations de concentration au cours de l'année 2003* : Dr. sociétés, novembre 2004, p. 7.

## Conclusion du chapitre I

**570.** Au terme de ce chapitre, on peut donc affirmer que la règle de la continuation des conventions, résultant du principe de la transmission universelle du patrimoine, n'est pas assez forte pour emporter la poursuite d'un contrat lorsque celle-ci risquerait d'affecter sérieusement l'intérêt contractuel du cocontractant. A notre avis, l'important est, en définitive, que la continuation du contrat, à l'occasion d'une fusion ou d'une scission, ne vise pas à gravement contrarier l'intérêt du partenaire de la société qui disparaît. En d'autres termes, il s'agit quelque part de veiller à ce que ces opérations ne soient pas détournées de leur objectif fondamental qui est celui de permettre la restructuration des entreprises. Elles ne doivent donc, en aucune manière, être instrumentalisées ou dévoyées pour biaiser la libre concurrence. Et la prise en compte, au cours de ces opérations, de l'intérêt du cocontractant rentre aussi bien dans le respect de la loyauté contractuelle que dans celui de la licéité de l'objet même desdites opérations. On pourrait dès lors comprendre que l'essentiel n'est pas tant, en cette matière spécifique, de savoir que le contrat en cause est empreint d'*intuitus personae* ou non. Il s'agira, bien au contraire, de chercher à savoir si, par exemple dans certaines hypothèses, la poursuite du contrat en cause ne heurterait pas gravement l'intérêt du cocontractant, intérêt qui doit rentrer dans la gestion efficace du lien contractuel.

**571.** Aussi, à notre avis, le principe de la transmission universelle du patrimoine ne doit pas empêcher la recherche d'une certaine conciliation entre le principe de la continuation des contrats et l'impératif de préservation de l'intérêt contractuel du cocontractant. Mais, cette conciliation doit se traduire, non pas par la prise en compte exclusive du seul aspect *intuitus personae* de la convention, mais, au contraire, de la menace grave qui pourrait en résulter dont l'appréciation, pourrions-nous affirmer, doit relever de la compétence judiciaire.

## CHAPITRE II LES LIMITATIONS LEGALES AU PRINCIPE DE CONTINUATION DES CONTRATS

**572. Limitations légales de la règle de la continuation-** Dans nos développements précédents, nous avons relevé et précisé que les fusions et scissions sont des opérations qui emportent transmission de l'ensemble du patrimoine de la société qui disparaît à la société bénéficiaire, et cela, dans l'état où se trouve le patrimoine à la date de la réalisation définitive de l'opération. Nous avons également montré que cette transmission, qui est universelle, exclut, par principe, le respect de certaines formalités particulières. Cette conséquence trouve sa justification dans le fait que la transmission, en plus d'être universelle, s'opère automatiquement et de plein droit. Ceci implique, par conséquent, continuation de plein droit de l'ensemble des contrats de la société absorbée ou scindée par la société bénéficiaire. Il se trouve, cependant, que la continuation de certains biens ou droits de la société qui disparaît ne sera, en principe, opposable aux tiers qu'après observation de certaines formalités spécifiques, formalités qui devraient logiquement être inopposables, en cas de fusion ou de scission, puisque la transmission universelle du patrimoine s'opère de plein droit. Par exemple, ces formalités sont inopposables lorsque figurent dans le patrimoine transmis des créances<sup>931</sup>, un bail commercial<sup>932</sup> ou encore un

<sup>931</sup> On sait en effet que l'article 1690 du Code civil soumet la cession de créances à certaines formalités. Or, on sait aussi que les fusions et scissions emportent transport de créances de la société absorbée à la société absorbante. Par conséquent, on pourrait objecter que ce transport de créances ne sera opposable aux tiers, c'est-à-dire aux créanciers, qu'après accomplissement des formalités prévues par l'article 1690 ci-dessus cité. Cependant, requérir une telle exigence, est à la fois contraire au droit des fusions et scissions et fera double emploi avec les mesures de publicités propres à cette matière. Ces opérations emportant transmission « universelle » du patrimoine de la société absorbée à la société bénéficiaire, on considère qu'il n'y a pas lieu à observer ces formalités prescrites par le droit commun. Celle-ci devant de plein droit débitrice de la société disparue, elle en recueille également ses créances, et ce, sans aucune formalités particulières. Voir en ce sens : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 mars 1972 : JCP éd. G., 1972, II, 17270, note Y. GUYON. De plus, l'article L. 236-14 du Code de commerce dispose que la société absorbante devient de plein droit débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée, au lieu et place de celle-ci.

<sup>932</sup> Du fait de la transmission universelle du patrimoine, la société bénéficiaire devient de plein droit locataire au lieu et place de la société dissoute. Cette conséquence du droit des fusions trouve son écho dans l'article L. 145-16, du Code de commerce, qui dispose qu'« en cas de fusion de sociétés ou d'apport d'une partie de l'actif d'une société réalisé dans les conditions prévues à l'article L. 236-22 du Code de commerce la société issue de la fusion ou la société bénéficiaire de l'apport est, nonobstant toute stipulation contraire, substituée à celle au profit de laquelle le bail était consenti dans tous les droits et obligations découlant de ce bail ». Voir à ce propos : CA Paris, 16<sup>e</sup> ch. B, 14 mars 1991, Bull. Joly 1991.500, note M. JEANTIN; Cass. com., 1<sup>er</sup> juin 1993, Bull. Joly, août-septembre 1993.892, note J.-J. DAIGRE. La généralité et l'automatisme de la règle de continuation font que l'ensemble des contrats souscrits par la société absorbée ou scindée seront de plein droit transmis à la société absorbante ou nouvelle qui aura à la fois le droit et sera tenue de les continuer. La spécificité et l'importance du bail commercial ont amené le législateur à prendre des mesures toutes particulières en ce qui le concerne. Par exemple, le bailleur ne pourra pas s'opposer à la continuation du bail en invoquant comme motif la seule réalisation de la fusion ou scission. De plus, il ne pourra pas, non plus, soumettre la continuation du bail à certaines formalités telles que agrément de la société bénéficiaire ou intervention du propriétaire à l'acte de transmission. Voir en ce sens : CA Versailles, 4 juin 1992 : RJDA 6/93, n° 514 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 février 1997 : RJDA 4/97, n° 518. Il faut, enfin, préciser que la logique de la continuation de plein, résultant des fusions et scissions, exclut toute signification au

fonds de commerce<sup>933</sup>. En revanche, comme nous le disions, la transmission de certains biens ou droits compris dans le patrimoine de la société absorbée ou scindée peut être subordonnée, par la loi qui leur est applicable, à certaines formalités spécifiques destinées en particulier à préserver les tiers, la sécurité des transactions ou encore le crédit du public.

**573.** En effet, certaines dispositions légales spécifiques interdisent ou restreignent la continuation de certains biens, droits ou obligations. Il en est ainsi des brevets<sup>934</sup>, marques<sup>935</sup>, des immeubles<sup>936</sup> et de certains contrats. Compte tenu de l'objet de notre étude, seuls ces derniers nous intéresseront ici. Trois situations vont particulièrement retenir notre attention tout au long de ce chapitre. En premier lieu nous envisagerons l'étude du contrat de syndic de copropriété (**Section I**), régi par la loi du 10 juillet 1965. Nous étudierons aussi les cas du bail rural et du contrat administratif (**Section II**), dans un second temps. Nous démontrerons que ces deux formes de contrat, contrairement à ce qu'affirme une certaine doctrine<sup>937</sup>, autant que d'ailleurs le mandat de syndic de copropriété, constituent dans une certaine mesure des exceptions à la règle de la transmission universelle de patrimoine et, par conséquent, à celle de la continuation des contrats qui y résulte. Nous tenterons également de démontrer que si ces contrats peuvent, par principe, échapper à la règle de continuation, ce n'est nullement parce qu'ils sont supposés être conclus *intuitu personae* mais, au contraire, parce qu'ils résultent de

---

bailleur de la continuation du bail par la société bénéficiaire. Voir notamment : Cass. com., 1<sup>er</sup> juin 1993 : RJDA 7/93, n° 622. Recommander le contraire ferait, à notre avis, double emploi avec les mesures de publicité mises en place par le droit des fusions et des scissions.

<sup>933</sup> On sait que l'apport du fonds de commerce est soumis à certaines formalités particulières de publicité. Il s'agit notamment de l'insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales du département, d'une publication au bulletin officiel des annonces civiles et commerciales et au registre du commerce et des sociétés. Or, ces formalités si elles se justifient dans le cadre de la cession de fonds de commerce, elles sont, en revanche, exclues d'application au cas de fusion et de scission, c'est-à-dire au cas de transmission universelle du patrimoine. Car, en l'espèce, la société bénéficiaire est ayant cause à titre universel de la société qui disparaît et devient, par principe et de plein droit, débitrice du passif de la société absorbée ou scindée. C'est dans ce sens que l'article 7 de la loi du 17 mars 1909 a été modifiée par la loi du 11 février 1994, au travers de son article 19.

<sup>934</sup> L'apport en société de brevets d'invention est rigoureusement réglementé. Il est soumis à une exigence somme toute double. En premier lieu, il est exigé, à peine de nullité, à ce que leur transmission soit constatée par un écrit : V. art. L. 613-8, al. 5, C. P.I. Cela signifie que le traité de fusion ou de scission doit mentionner le brevet ou la licence figurant dans le patrimoine à transmettre. En second lieu, sous peine d'inopposabilité aux tiers, l'apport d'un brevet ou d'une licence de brevet à la société bénéficiaire, doit également faire l'objet d'une demande d'inscription au registre national des brevets, qui est tenu par l'Institut national de la propriété industrielle : V. art. L. 613-9, C.P.I.

<sup>935</sup> L'apport à une société d'une marque, qu'elle soit de fabrique, de commerce ou de service est aussi réglementé. Il doit, pour être valable, être obligatoirement constaté par écrit. La même exigence s'applique lorsqu'il s'agit de l'apport d'une concession de licence de marque : V. art. L. 714-1, C.P.I. En outre, l'apport de tels biens doit faire l'objet d'une mention au registre national des marques tenu par l'Institut national de la propriété industrielle : V. art. L. 714-7, C.P.I.

<sup>936</sup> Il faut en effet préciser que l'apport d'un immeuble en société est obligatoirement soumis à une certaine publicité légale qui doit être effectuée à la conservation des hypothèques du lieu de situation de l'immeuble.

<sup>937</sup> En effet, selon Michel JEANTIN la règle de transmission universelle de patrimoine consécutive à une fusion ou scission constitue une règle d'ordre public. Il déduit le caractère d'ordre public de cette règle de sa formulation même. Aussi, pour lui, tous les contrats quels qu'ils soient doivent être continués. Il va même plus loin en affirmant qu'aucune stipulation ou disposition ne pourrait faire échapper un contrat à cette règle de continuation étant donné que celle-ci est impérative.

disciplines particulières. Autrement dit, parce qu'ils sont consacrés par des droits spéciaux : le droit rural et le droit de la copropriété et le droit administratif. De plus, il existe des conventions qui, du fait de leur nature spécifique, ne peuvent, par principe, être emportées par la règle de la continuation (**Section III**).

## **SECTION I LE CONTRAT DE SYNDIC DE COPROPRIÉTÉ, EXCEPTION À LA RÈGLE DE CONTINUATION DE PLEIN DROIT DES CONTRATS CONSÉCUTIVE AUX FUSIONS ET SCISSIONS**

**574. Généralités-** Certains contrats, compte tenu de leur spécificité, et c'est notamment le cas du contrat de syndic de copropriété, ont pu bénéficier d'une certaine protection de la part du législateur. Pour celui-ci, de tels contrats ne peuvent être continués par une personne demeurée étrangère au jour de leur conclusion sans l'accord exprès du cocontractant. Or, la réalisation de certaines opérations de restructurations sont susceptibles d'entraîner une modification juridique dans la personne de l'un des cocontractants. Il en est notamment ainsi des opérations de fusion et scission, qui comportent comme conséquence essentielle le transfert universel du patrimoine d'une société au profit d'une autre. On s'est dès lors demandé si ce principe est susceptible d'emporter la continuation automatique du mandat de syndic, qui figurerait dans le patrimoine de la société absorbée ou fusionnée. La logique qui caractérise la transmission universelle voudrait en principe que s'impose la transmission, et donc la continuation de tous les contrats, quels qu'ils soient, de la société absorbée. Cependant, il convient de reconnaître la difficulté d'application automatique de cette logique au mandat de syndic.

**575.** La spécificité du droit consacrant la non continuation automatique du mandat de syndic de copropriété fait que le principe de la transmission universelle du patrimoine va être impuissant à emporter sa continuation automatique. On pourra constater que l'absence de continuation automatique du mandat de syndic dans le cadre des fusions et scissions est en fait une consécration explicite d'un droit spécifique (§.2), le droit de la copropriété, et non pas son caractère *intuitus personae* qui, il faut le préciser même s'il est

indéniable (§.1), est, par principe, inopérant dans le domaine particulier de la transmission universelle du patrimoine.

### **§.1. Le mandat de syndic de copropriété est un contrat affecté d'une certaine coloration personnelle**

**576. Facteurs caractérisant l'*intuitus personae***- Cette caractéristique qui est généralement reconnue au mandat de syndic de copropriété est assurément due à deux séries de facteurs. La première est liée aux missions mêmes confiées au syndic (I) , alors que la seconde série de facteurs relève de la procédure de sa désignation (II).

#### **I. Les missions du syndic de copropriété, motifs du choix de sa personne**

**577. Diversité des missions du syndic**- Il est assurément vrai que si les rapports qui lient le syndic au syndicat reposent sur une certaine relation de confiance, cela peut trouver une explication dans les missions qui lui sont confiées. L'importance et la nature de celles-ci font que, à coup sûr, le syndicat ne pouvait se permettre de faire appel à une quelconque personne. Il faudrait peut être préciser que le syndic, en tant qu'organe de gestion, se révèle être un professionnel qui s'occupe, au nom du syndicat des copropriétaires, de la gestion de l'immeuble. C'est quelqu'un qui demeure entièrement impliqué dans la défense des intérêts collectifs des copropriétaires. Il est un gestionnaire à la fois juridique et technique<sup>938</sup>. Le syndic est aussi un comptable. À ce titre, il s'occupe, entre autres, de la répartition des charges entre les copropriétaires et recouvre les contributions à ces charges. Il règle toutes les factures et engage toutes les dépenses

---

<sup>938</sup> C'est lui qui administre la copropriété au nom de tous les copropriétaires. Il accomplit, sous le contrôle du Conseil syndical, tous les actes qui en assurent la conservation et la bonne gestion. C'est aussi lui qui veille au respect du règlement de copropriété par tous les copropriétaires, sans oublier la conservation et la mise à jour des documents juridiques. C'est également lui qui signe les contrats avec les différents partenaires, notamment les entreprises, dans le but d'assurer le fonctionnement des services collectifs.

nécessaires à la préservation de la copropriété. Il tient, dans cette perspective, une certaine comptabilité.

**578.** On peut ainsi remarquer l'éventail large de compétences qui sont les siennes. La diversité et la nature de ces missions font que le syndicat, au travers de l'assemblée générale, ne peut confier le mandat de gestion qu'à une personne réunissant certains critères définis par lui, dont, entre autres, une certaine garantie de confiance. Autrement dit, par la cause de sa désignation, on comprend mieux la mesure de l'importance de la personne et des qualités du syndic de copropriété. Aussi, comprendrait-on qu'un tel mandat soit affecté d'une certaine coloration personnelle. Celle-ci s'exprime également au travers de la procédure de désignation du syndic.

## **II. La procédure de désignation du syndic de copropriété, facteur explicatif du choix de sa personne**

**579. Importance de la personne du syndic dans sa désignation-** Il ne fait guère de doute, comme nous l'avions déjà relevé, que le mandat de syndic est un contrat qui comporte une certaine prise en compte de la personne de celui-ci. Et, au-delà de la spécificité de la cause de sa désignation, il y a également celle de la procédure de cette désignation même. Ne perdons pas de vue que le syndic, ici, est la personne mandatée par le syndicat de copropriétaires d'un immeuble pour exécuter ses décisions dans le cadre de l'administration de l'immeuble. Sa principale mission, c'est donc de gérer la chose d'autrui, c'est-à-dire l'immeuble appartenant au syndicat. Or, recourir à quelqu'un pour administrer un bien qui ne lui appartient pas, bien qui a de surcroît une certaine valeur, requiert de la part des copropriétaires une certaine précaution dans la désignation de cette personne. En recourant à un syndic, c'est parce que le syndicat cherche une personne qui présenterait une double garantie. Une première garantie qui serait liée à une gestion active et sécuritaire de l'immeuble, et une deuxième garantie qui présenterait, elle, un suivi comptable au niveau satisfaisant. On comprend, dès lors, que le choix et la désignation de la personne du syndic ne vont obligatoirement pas se faire au hasard. Sa personne et certaines de ses qualités ne vont certainement pas laisser indifférents les copropriétaires, puisqu'elles vont leur permettre de trouver le meilleur profil du mandataire qui sera chargé d'exécuter leurs décisions, de les représenter dans tous les actes civils, et de façon générale

d'administrer l'immeuble. Au contraire, elles vont être très déterminantes dans sa nomination.

**580.** Toutefois, s'il est incontestable que ni la personne du syndic, ni certaines de ses qualités ne sont pas indifférentes dans sa désignation, est-il juridiquement justifié d'affirmer qu'elles constituent à coup sûr les motifs de sa non continuation automatique dans le cadre des fusions et scissions ? Selon nous, le caractère personnel du mandat de syndic, loin s'en faut, ne constitue pas le critère déterminant de sa non transmission automatique dans le cadre des fusions et scissions. A notre avis, et nous tenterons de le prouver, si le contrat de syndic n'est pas de plein droit susceptible de continuation, cela est simplement lié au fait qu'il en a été ainsi décidé par un droit spécial : le droit de la copropriété.

## **§.2. Le droit de copropriété, obstacle à la non continuation automatique du mandat de syndic de copropriété en cas de fusion et de scission**

**581. Rappel de la spécificité du principe de la transmission universelle-** Nous venons de montrer qu'effectivement, au regard, en premier lieu, « *de l'architecture juridique de désignation du syndic de copropriété* » et, en second lieu et surtout, « *de la nature particulière du mandat confié à l'administrateur de biens* », il n'y a pas de doute que le mandat de syndic comporte une marque de confiance. Toutefois, de là à en déduire que c'est le fondement à sa non transmission automatique, dans le cadre des fusions et des scissions est, selon nous, très discutable. Il faut rappeler que les fusions et scissions se caractérisent en ce qu'elles emportent dissolution sans liquidation des sociétés participantes. Elles se singularisent, également, par le fait qu'elles entraînent une « *transmission globale et simplifiée du patrimoine de la société absorbée ou scindée à la société absorbante* <sup>939</sup> ». Une telle solution, consubstantielle au principe de la transmission universelle du patrimoine, s'opérant de plein droit devrait logiquement emporter, de manière automatique, la continuation de tous les contrats de la société absorbée, fussent-ils

---

<sup>939</sup> C'est ce que dispose en substance l'article L. 236-3 al.1 du Code commerce.



des mandats de syndic de copropriété. C'est dire, comme nous l'avions déjà dit<sup>940</sup> que l'*intuitus personae*, ne représente pas dans l'hypothèse particulière de la transmission universelle un facteur de limitation de droit de la règle de continuation, qui est d'application générale (I). C'est parce que tout simplement une disposition législative spéciale en a explicitement ainsi décidé (II).

### **I. L'indifférence de principe de l'*intuitus personae* à la non continuation automatique du syndic de copropriété dans le cadre des fusions et scissions**

**582. Faiblesse de l'*intuitus personae***- En dépit de sa généralité, le principe de la transmission universelle de patrimoine est en effet impuissant à emporter la poursuite de plein droit du contrat de syndic au profit de la société absorbante ou nouvelle. Mais dès lors, qu'est-ce qui justifie une telle solution ? Peut-on invoquer la caractéristique d'*intuitus personae* qui marque ce contrat ? Certains le pensent<sup>941</sup>. Selon eux, si le mandat de syndic n'est pas automatiquement transmissible, c'est uniquement parce qu'il est conclu *intuitus personae*. Toutefois, cette analyse doctrinale, qui rejoint celle de certains juges, est en réalité inexacte. Nous l'avions, en effet, suffisamment expliqué que, dans le cadre particulier de la transmission universelle de patrimoine, l'*intuitus personae* ne constitue aucunement pas, par principe, un obstacle à la continuation du contrat en cours de la société absorbée<sup>942</sup>.

La véritable raison justifiant, d'une manière certaine, l'absence de transmission automatique du mandat de syndic vient en fait du droit qui le consacre.

---

<sup>940</sup> V. Supra n° 285 et s.

<sup>941</sup> V. B. MERCADAL et Ph. JANIN, *Mémento F.Lefebvre, Société commerciales*, op. cit., n° 26 844.

<sup>942</sup> V. supra n° 278 et s.

## II. La consécration par le droit de la copropriété de la non transmission automatique du mandat de syndic de copropriété

**583. De la non continuation du mandat de syndic-** Pour trouver les vraies raisons qui empêchent que le mandat de syndic de copropriété puisse se transmettre automatiquement il faut, à notre avis, se tourner vers le seul droit de la copropriété lui-même. On constatera, à cet effet, que l'importance que le législateur accorde au pouvoir de désignation offert à l'assemblée générale des copropriétaires et son caractère impératif font que toute nomination du syndic par un autre organe, pour une raison quelconque, devient caduque de plein droit dès la réunion de la première assemblée générale<sup>943</sup>. Est nulle, par exemple, toute résolution qui donnerait, par exemple, au conseil syndical le pouvoir de nommer le syndic<sup>944</sup>. Ce qui voudrait dire que le syndic provisoire dont la nomination n'aurait pas été ratifiée par l'assemblée générale, ne pourra plus se prévaloir d'une quelconque qualité pour agir au nom du syndicat<sup>945</sup>. C'est ce que rappelait, d'ailleurs, la haute juridiction, dans un arrêt du 30 mai 2000<sup>946</sup>, portant sur une affaire de transmission de mandat de syndic à la suite d'une opération de fusion-absorption.

**584. La spécificité du droit de la copropriété-** La loi relative à la copropriété exclut, de manière explicite et impérative, tout exercice du mandat de syndic par une personne sans une autorisation expresse, de l'assemblée générale des copropriétaires<sup>947</sup>. Aussi, en dépit du principe de la transmission universelle du patrimoine, la fusion-absorption ne saurait permettre la continuation automatique du mandat de syndic par la société absorbante sans une autorisation explicite du syndicat se réunissant en

<sup>943</sup> V. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 janvier 1970 : Gaz. Pal. 1970.1.256, note MORAND ; JCP éd. G. 1970.II.16 266, note GUILLOT.

<sup>944</sup> V. Paris, 2 juin 1988 : RD imm. 1988.502 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 25 mai 1976 : D. 1976.IR.252.

<sup>945</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 avril 1994 : RD imm. 1994, p. 497, obs. CAPOULADE ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 29 janvier 1980 : D. 1980. IR. 275, obs. GIVERDON. Il faut préciser que lorsque la nomination provisoire du syndic n'a pas été ratifiée par la première assemblée générale, c'est exclusivement au président du tribunal de grande instance qu'il revient de procéder à la nomination d'un nouveau syndic. Ce qui permet de constater que le président du TGI constitue le second organe expressément autorisé par le législateur pour nommer le syndic.

<sup>946</sup> V. Cass. com., 30 mai 2000 : J.C.P. éd. G. 2000, II, 10401, note A. VIANDIER. Dans cet arrêt, les hauts magistrats ont écarté le pourvoi formé par la société absorbante en déplaçant l'éclairage des limites de la transmission universelle vers les modalités particulières de désignation du syndic.

<sup>947</sup> Il a été ainsi jugé à propos d'un locataire-gérant qu'il n'a pas qualité pour représenter le syndicat des copropriétaires, puisqu'il n'a pas reçu une autorisation expresse de l'assemblée générale le désignant comme syndic. Voir en ce sens : Paris, 3 décembre 1998 : Loyers et copr. 1999, n° 140, note VIGNERON. En revanche, un autre, ayant été accepté par l'assemblée générale, a, lui, été jugé comme possédant la qualité de syndic et qu'il pouvait, par conséquent, agir au nom du syndicat. Voir en ce sens : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 4 oct. 1995 : RD imm. 1996, p. 113, note CAPOULADE.

assemblée<sup>948</sup>. Il est vrai qu'une telle solution contrarie fortement la règle de continuation de plein droit consubstantielle au principe de la transmission universelle du patrimoine. Mais, il se trouve que la limite à la règle de continuation que constitue le mandat de syndic, résulte d'une discipline spéciale, c'est-à-dire le droit de la copropriété qui vient donc en butte avec une autre discipline spéciale, en l'occurrence le droit commercial. Or, il est de jurisprudence constante qu'une règle spéciale ne saurait exclure l'application d'une autre dans le propre domaine de celle-ci. Par ailleurs, en plus de résulter d'un droit spécial, l'exclusion du mandat de syndic de toute règle de continuation est consacrée par une disposition impérative, l'article 17 du Code de la copropriété. On ne peut que remarquer, face à ce double constat, l'impossibilité de continuer le mandat de syndic par une personne autre que celle expressément désignée par l'assemblée, fût-il dans le cadre des fusions et scissions.

**585. La non évocation de l'*intuitus personae* par la Cour de cassation-** En affirmant que l'impuissance du principe de la transmission universelle de patrimoine à emporter la poursuite automatique du mandat de syndic, lorsque s'opère une opération de fusion ou de scission, serait due à son caractère de relation de confiance la Cour d'appel d'Aix-en-Provence se trompait en réalité<sup>949</sup>. Le refus de transmission principielle de ce contrat n'est nullement justifiée par cela mais, au contraire, parce qu'un droit spécial en a ainsi décidé. C'est ce que confirme d'ailleurs, dans une certaine mesure, la juridiction suprême. On peut constater, très curieusement, en effet que dans l'arrêt de la chambre commerciale du 30 mai 2000<sup>950</sup>, précédemment cité, les hauts magistrats, en rendant leur décision, n'ont pas fait référence au caractère *intuitus personae* du mandat de syndic. Elle a certes confirmé la solution adoptée par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, selon laquelle le mandat de syndic conféré par une assemblée de copropriétaires n'est pas automatiquement transférable à la société absorbante, si cette assemblée ne lui réitère pas sa confiance. Toutefois, la haute juridiction, dans sa motivation n'a pas fait sien l'attendu de la Cour d'appel selon lequel « *la transmission universelle du patrimoine demeure étrangère aux relations de confiance personnelle et aux conventions conclu intuitu personae qui échappent aux règles patrimoniales* »<sup>951</sup>. Ce qui est surprenant, lorsqu'on sait

<sup>948</sup> V. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 novembre 1998 : Bull. civ. III, n° 212 ; D. 1999, somm. 77, obs. ATIAS ; RD imm. 1999.152, obs. CAPOULADE ; JCP 1999, II, 10051, note DJIGO.

<sup>949</sup> V. Aix-en-Provence, 12 juin 1997 préc.

<sup>950</sup> V. Cass. com., 30 mai 2000 : J.C.P. éd. E. 200, n° 38, p. 1479, VIANDIER ; D. 2000.320, note BOIZARD.

<sup>951</sup> V. C.A. Aix-en-Provence, 12 juin 1997, préc.

que toute la problématique de l'affaire jugée par la Cour d'Aix-en-Provence, tourne autour de la transmissibilité ou non des contrats conclus *intuitu personae* dans le cadre d'une opération de fusion<sup>952</sup>. Cela est d'autant plus surprenant que la Cour de cassation, en déclarant intransmissible de droit le mandat de syndic sans l'accord de l'assemblée des copropriétaires, ne s'est pas fondée sur le caractère *intuitu personae* de ce contrat. Elle s'est, au contraire, exclusivement fondée sur les seules dispositions de la loi du 10 juillet 1965, qui exclut « *toute substitution du syndic sans un vote explicite de l'assemblée générale des copropriétaires* »<sup>953</sup>. En ne se référant pas au caractère *intuitus personae* du mandat de syndic pour le déclarer intransmissible de droit, dans le cadre spécifique des fusions et des scissions, la Cour de cassation veut tout simplement montrer, en cette occurrence, la primauté d'un texte spécial, ici l'article 25<sup>954</sup> de la loi du 10 juillet 1965 sur l'article 372-1 de la loi du 24 juillet 1966<sup>955</sup>. De ce fait, la chambre commerciale rejoint la troisième chambre civile qui, dans un arrêt de censure du 10 novembre 1998<sup>956</sup>, affirme, en se fondant également sur la loi du 10 juillet 1965, que la fusion-absorption n'entraîne pas de plein droit le transfert du mandat de syndic de copropriété à la société absorbante.

**586. L'exclusion de la continuation automatique du mandat de syndic par l'article 55 du décret du 17 mars 1967-** Un autre argument légal peut être également être invoqué dont le but est d'empêcher la poursuite automatique du mandat de syndic. Il s'agit de l'article 55 du décret du 17 mars 1967<sup>957</sup> qui vient renforcer, quelque peu, le droit exclusif de l'assemblée générale des copropriétaires de désigner le syndic, disposition réglementaire qui est, en plus, d'ordre public. Il y est dit que « *le syndic ne peut agir en justice au nom du syndicat sans y avoir été autorisé par une décision de l'assemblée générale* ». Dès lors, on peut se demander si une société ayant absorbé une société de syndic, a la qualité pour agir au nom du syndicat des copropriétaires ? Le principe de la transmission universelle du patrimoine requiert, en toute logique, qu'on y réponde oui. Cependant, il faudra reconnaître tout de même que le droit de la copropriété impose la nécessité d'une autorisation préalable de l'assemblée pour qu'une personne puisse accéder au statut de syndic et représenter le syndicat des copropriétaires en justice. Une telle

<sup>952</sup> V. C.A. Aix-en-Provence, 12 juin 1997, J.C.P. éd. G. 1997, I, 4074, § 10, note, A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

<sup>953</sup> Il s'agit de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 régissant le fonctionnement de la copropriété.

<sup>954</sup> C'est cette disposition de la loi du 10 juillet 1965 qui prévoit les modalités particulières de désignation et de remplacement du syndic de copropriété.

<sup>955</sup> Il s'agit de l'actuel article L. 236-3 du Code de commerce.

<sup>956</sup> V. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 novembre 1998 : J.C.P. éd. G. 1999, II, 10051, note A. DJIGO.

<sup>957</sup> Le décret du 17 mars 1967 est un texte portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi n°65-537 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

condition, il faut le dire, ne sera pas remplie, dans le strict cadre des fusions et des scissions. Cet autre constat fait aussi que la règle de continuation des contrats, inhérente au principe de la transmission universelle du patrimoine, demeure impuissante à emporter la poursuite de plein droit, sans un vote explicite de l'assemblée générale des copropriétaires, du mandat de syndic. La particularité du droit régissant le mandat de syndic et son caractère impératif excluent en toute circonstance, dont en fusion et scission, la continuation de la qualité de syndic par toute personne non expressément investie de ce pouvoir par l'assemblée générale<sup>958</sup>. En conclusion, on peut donc dire que le mandat de syndic de copropriété constitue, d'une manière certaine, une limite à la règle de continuation des contrats, résultant des fusions et des scissions. Car, la société bénéficiaire, notamment absorbante, ne pourra continuer ce mandat sans une autorisation expresse du syndicat. Autrement dit, la spécificité du droit de la copropriété ne saurait céder devant celle du droit des fusions et des scissions. Dans le même ordre d'idées, on précisera que le droit de la copropriété n'est pas le seul, en réalité, à mettre en échec la règle de la transmission universelle. D'autres droits s'y prêtent également. Il s'agit, en l'occurrence du droit rural et du droit administratif.

## **SECTION II LE BAIL RURAL ET LE CONTRAT ADMINISTRATIF, LIMITES À LA RÈGLE DE LA CONTINUATION DES CONTRATS RESULTANT DES FUSIONS ET SCISSIONS**

**587.** Afin de protéger les parties contractantes ou l'intérêt général, certains droits spéciaux ont strictement encadré le régime du transfert du contrat en excluant leur transmission automatique lorsque surviendrait une modification juridique dans la personne de l'un des cocontractants. C'est le cas, en l'occurrence du bail rural (§.1) et du contrat administratif (§.2). Aussi, convient-il de se poser la question de l'influence de la transmission universelle sur de tels contrats dans l'hypothèse où ils figureraient dans le patrimoine de la société absorbée ou scindée.

---

<sup>958</sup> Voir en sens Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 mai 1974 : JCP 1974, II, 17 795, obs. GUILLOT.

## §.1. Du sort du bail rural dans le cadre des fusions et des scissions

**588.** La question de la transmissibilité du bail rural au terme d'une fusion ou scission s'est très tôt posée<sup>959</sup>. En principe, elle ne devrait pas soulever de problèmes particuliers vu que la transmission universelle du patrimoine implique, logiquement, continuation de l'ensemble des contrats de la société absorbée par la société absorbante (I). Mais raisonner de cette manière, c'est méconnaître la particularité de ce bail (II).

### I. Du sort logique du bail rural dans le cadre des fusions et des scissions : sa continuation de plein droit

**589. Principe-** L'une des conséquences d'une opération de fusion et scission, c'est d'impliquer le transfert du patrimoine de la société absorbée ou scindée à la société bénéficiaire, c'est-à-dire la société nouvelle ou absorbante. La transmission universelle étant, comme nous l'avions déjà expliqué, par principe, générale, elle suppose donc que tous les éléments composant ce patrimoine, dont notamment les contrats, à la date de la réalisation définitive de l'opération, soient de plein droit recueillis et continués par cette société bénéficiaire.

**590. Absence de restrictions, par principe, de la règle de la continuation-** La continuation de plein droit qui en résulte n'étant pas sélective, elle devrait s'appliquer, par conséquent, à l'ensemble des contrats de la société dissoute, quels qu'ils soient. Ainsi, à l'instar des baux commerciaux, les baux ruraux, comme les autres contrats de la société absorbée, ne doivent pas, logiquement, échapper à la règle de la continuation. L'interdiction de transmission du bail faite par l'article L. 411-35 du Code rural, ne saurait donc être opposable au cas de fusion et de scission. Aux termes de cette disposition, il y est dit que « *nonobstant les dispositions de l'article 1717 du Code civil*<sup>960</sup>, toute **cession** de bail est interdite, sauf si la cession est consentie, avec l'agrément du bailleur, au profit du conjoint du preneur participant à l'exploitation ou aux descendants du preneur ayant atteint l'âge de la majorité ou ayant été émancipés ». Comme on peut le remarquer, l'interdiction de transport visée par ce texte n'est rien d'autre que la « **cession** » du bail

<sup>959</sup> V. Cass. civ., 23 avril 1976: Rev. Soc. 1977, p. 70, obs. Y. GUYON.

<sup>960</sup> L'article 1717 du Code civil dispose que « *le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite* ».

rural. Or, la cession suppose le transport à **titre particulier** d'une position contractuelle. C'est cela que prohibe l'article L. 411-35 ci-dessus cité. Il se trouve que selon la loi elle-même<sup>961</sup> les fusions et scissions ne sont pas des cas de cession. Car, ces opérations entraînent « ...la dissolution sans liquidation et la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante ». Par conséquent, cette interdiction faite par le Code rural ne saurait trouver application au cas de fusion et de scission puisque son champ d'application est explicitement limité aux hypothèses de cession. En définitive, il devrait être, sans conteste, que la réalisation d'une fusion ou scission implique, par principe, la continuation du bail rural figurant dans le patrimoine de la société absorbée ou scindée par la société bénéficiaire. Soutenir donc qu'un tel bail ne saurait être continué au terme de telles opérations ne peut, *a priori*, qu'être condamnable<sup>962</sup>.

Toutefois, soutenir une telle analyse, certes conforme au principe de la continuation des contrats résultant de la transmission universelle du patrimoine, c'est assurément méconnaître la spécificité de la discipline dont émane la bail rural.

## **II. La spécificité du droit rural, cause d'exclusion du bail rural de la règle de la continuation**

**591.** Nous essayerons de montrer que si, malgré le principe de la transmission universelle de patrimoine, le bail rural n'est pas transmissible de plein droit, c'est essentiellement dû à deux facteurs. Contrairement à ce qu'on pourrait penser, cela ne vient pas de son caractère *intuitu personae* mais, plutôt, d'une du fait que sa non transmission est consacrée par un droit spécial (A) et, d'autre part, de l'absence de reconnaissance de sa valeur patrimoniale (B).

### **A. La non transmission de plein droit du bail rural, un principe consacré par un droit spécial : le droit rural**

**592. Arrêt du 23 avril 1976-** Le 23 avril 1976, la Cour de cassation, au travers de sa troisième chambre civile, rendait un arrêt dont certains avaient condamné la solution<sup>963</sup>. Aux termes de cet arrêt, la haute juridiction jugeait que le principe de la transmission

---

<sup>961</sup> Voir en ce sens C. com., art. L. 236-3 al. 1<sup>er</sup>.

<sup>962</sup> V. O. BARRET, *A propos de la transmission universelle du patrimoine d'une société*, op. cit., 114 ; M. JEANTIN, *La transmission universelle du patrimoine d'une société*, op. cit.

<sup>963</sup> V. notamment Cass. 3<sup>e</sup> civ., 23 avril 1973, Rev. soc. 1977.69, note Y. GUYON.

universelle du patrimoine, résultant d'une fusion, ne saurait emporter continuation du bail rural conclu par la société absorbée. Cette solution *a priori* surprenante est pourtant justifiable.

**593.** Certes, en principe, la réalisation d'une fusion ou scission implique la continuation de plein droit de la qualité de locataire par la société bénéficiaire au lieu et place de la société absorbée ou scindée. D'ailleurs, c'est cette logique que confirme l'article L. 145-16 du Code de commerce en précisant qu'« *en cas de fusion de sociétés ou d'apport d'une partie de l'actif d'une société réalisé dans les conditions prévues à l'article L. 236-22 du Code de commerce, la société issue de la fusion ou la société bénéficiaire de l'apport est, nonobstant toute stipulation contraire, substituée à celle au profit de laquelle le bail était consenti dans tous les droits et obligations découlant de ce bail* »<sup>964</sup>. Il convient, toutefois, de préciser que cette solution ne peut valoir que dans les hypothèses des baux commerciaux. La même solution est aussi applicable au bail artisanal<sup>965</sup>. Elle ne saurait, cependant, être de plein droit opposable au cas spécifique du bail rural.

**594. Spécificité du droit rural-** De façon générale, pour justifier la transmission et, donc, la continuation du bail rural dans le cadre des fusions, deux arguments sont souvent avancés<sup>966</sup>. D'une part, il s'agit du fait que la règle de la transmission universelle du patrimoine, résultant de ces opérations, entraîne de plein droit la continuation de l'ensemble des éléments formant le patrimoine au jour de leur réalisation définitive. Automatique et générale, cette règle doit naturellement s'appliquer à l'ensemble du patrimoine. D'autre part, on fonde la continuation du bail, en l'espèce, du fait que l'interdiction visée à l'article L. 411-35 du Code rural est expressément limitée aux cas de « cession » puisqu'il y est dit « (...) *toute cession de bail est interdite*(...) ». Les fusions et scissions n'étant pas juridiquement des cas de cession, on conclut, par conséquent, qu'elles sont exclues du champ d'application de l'article L. 411-35 précité. Cependant, cette analyse

<sup>964</sup> Voir en ce sens Cass. com., 1<sup>er</sup> juin 1993 : Bull. Joly août-septembre 1993.892, note J.-J. DAIGRE ; C.A. Versailles, 4 juin 1992 : Bull. Joly 1992.1073, obs. J.-J. DAIGRE. On peut remarquer que le texte ne vise pas les cas de scission de sociétés. On s'est dès lors demandé si c'était un oubli du législateur ou si celui-ci avait entendu exclure les scissions de ce bénéfice de continuation. Sachant que le régime applicable aux scissions est celui des fusions, il serait illogique de conclure donc à une exclusion de celles-là du bénéfice de la continuation visée à l'article L. 145-16 du Code de commerce. On ne peut, par conséquent, qu'être d'accord avec ceux qui estiment que l'absence des scissions à cet article n'est qu'« *une inadvertance et non d'une décision délibérée du législateur* » : V. MERCADAL et JANIN, *Mémento Sociétés commerciales*, 2003, § 2689.

<sup>965</sup> Il a en effet été jugé que l'apport en jouissance d'un bail artisanal est opposable aux propriétaires des locaux, sans qu'il soit nécessaire de respecter les formalités prescrites par l'article 1690 du Code civil : V. Paris, 31 janvier 1961, D. 1962, somm., p. 10 cité par Anne KARM, *L'entreprise conjugale*, thèse, éd. Defrénois, 2004, p. 254, note bas de page n° 126.

<sup>966</sup> Voir en ce sens M. JEANTIN, *La transmission universelle du patrimoine*, op. cit.



même si elle paraît *a priori* fondée, ne saurait emporter la transmission automatique du bail rural, fusse-t-il dans l'hypothèse d'une fusion ou scission.

**595. Exclusion du bail rural du principe de la continuation des contrats dans le cadre des fusions et des scissions-** En réalité, si la lettre du texte, interdisant tout transfert du bail rural, permet de n'y voir que les cas de cession, on ne saurait en dire autant de son esprit. Le juriste le sait, même si cela peut paraître étonnant pour le profane du droit, un texte, d'une manière générale, est constitué de deux composants. Il y a d'abord sa lettre, c'est-à-dire le corps du texte qui demeure visible aussi bien au juriste qu'au profane. Mais à côté de ce corpus, on a également l'esprit du texte, c'est-à-dire l'« invisible » pour le non-juriste. Il symbolise, de façon classique, quelque chose que visait le législateur sans pour autant l'exprimer expressément. Ces deux composants forment le texte de loi, sachant que souvent l'un ne va pas sans l'autre. Dans le cadre du bail rural, en examinant de près le texte interdisant son transfert, exceptions faites des cas limitativement énumérés<sup>967</sup>, on remarquera qu'en réalité il ne vise pas uniquement les cas de cession. Sa formulation même laisse augurer qu'il n'y a pas que les cessions de bail qui sont interdites. Rappelons d'ailleurs qu'il s'agit d'un texte d'ordre public. L'interdiction s'applique donc également aux cas de transmission universelle du bail. Il est vrai qu'un tel raisonnement paraît surprenant tant au regard de la nature spécifique des fusions et des scissions. Mais, en remontant un peu aux origines du droit rural, l'on comprendra que l'interdiction vise aussi les autres techniques de transport du bail rural. Madame Florence LAGRANGE, dans sa thèse, soutenait que l'ensemble des dispositions fondant le droit rural étaient, à l'origine, conçues pour être appliquées « *aux exploitants et exploitations agricoles familiales* »<sup>968</sup>. Il s'agissait ainsi, à l'époque, au regard de la spécificité du monde rural ainsi que de leur fragilité, de les protéger contre d'éventuels transferts du bail, que cela vienne d'une cession ou d'une transmission universelle.

**596.** Dans l'esprit du législateur, la protection devait viser « tout transport » du bail, quel qu'il soit. L'usage du terme de « toute cession », à notre avis, ne devait être analysée que comme une inadvertance de la part du législateur. Peu importe, par conséquent, que la

---

<sup>967</sup> Il est expressément dit que le bail rural peut être cédé avec l'autorisation du bailleur au conjoint du preneur et à ses descendants mais à condition que, respectivement, ce conjoint participe à l'exploitation et que ceux-ci aient atteint l'âge de la majorité.

<sup>968</sup> V. Florence LAGRANGE, *Nature juridique des fusions de sociétés*, thèse, Paris II, 1999, p. 84, n° 135.

transmission s'opère à titre universel ou à titre particulier. L'intransmissibilité de ce contrat, ne supportant que des exceptions légales, limitativement énumérées. Aussi, ce qui fonde le principe de la non continuation automatique du bail rural, c'est parce qu'il résulte d'une règle légale spécifique, même si on ne peut pas, dans l'absolu, lui dénier toute coloration personnelle.

**597. Le caractère non déterminant de l'*intuitus personae* bail rural-** En effet, comme nous le soulignons tantôt, si le bail rural n'est pas susceptible de continuation de plein droit même dans l'hypothèse particulière d'une transmission universelle de patrimoine, ce n'est nullement dû à sa coloration personnelle. Car, l'*intuitus personae*, c'est un rappel, ne constitue pas, dans le cadre des fusions et des scissions, un obstacle de principe à la règle de continuation. Et d'ailleurs, le caractère même d'*intuitus personae* du bail rural est sujet à caution. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer au fait que ce contrat ne s'éteint pas au décès du preneur<sup>969</sup>. On constatera, ainsi, aisément que cette transmissibilité *mortis causa* révèle, quelque peu, le caractère non déterminant du soit disant *intuitus personae* qui le caractérise. Allant plus loin, un auteur<sup>970</sup> conclut que cette transmissibilité du bail rural révèle même une « *absence d'un intuitus personae* » dans sa formation et son exécution. D'où, la difficulté, à notre avis, d'admettre l'affirmation de la Haute juridiction<sup>971</sup> selon laquelle si le bail rural est non transmissible, par principe, c'est parce qu'il est un contrat conclu *intuitus personae*. C'est plutôt parce qu'une disposition légale impérative, provenant d'un droit spécial, l'a ainsi voulu. Cette solution est, dès lors, opposable à l'hypothèse de transmission universelle et ce, d'autant plus que le bail rural ne possède pas de valeur patrimoniale.

## **B. La non reconnaissance de la valeur patrimoniale du bail rural, un facteur d'exclusion de principe de la transmission universelle**

**598. Incertitude quant au caractère patrimonial du bail rural-** Nous avons précédemment expliqué que ce qui justifie la non transmission automatique du bail rural, ce n'est pas son caractère *intuitu personae*, qui n'est d'ailleurs pas aussi évident que cela, mais, au contraire, le fait que cela soit expressément consacré par des dispositions venant

---

<sup>969</sup> Cf. C. rural, art. L. 411-34.

<sup>970</sup> Cf. A.-S. BARTHEZ, thèse préc., p. 375, n° 492.

<sup>971</sup> V. Req., 4 février 1935, D.H. 1935, p. 145 cité par A.-S. BARTHEZ, thèse préc.

d'un droit spécial. Il faut rappeler qu'à l'origine, en France, le fonds rural représentait une très grande valeur dans la société<sup>972</sup>. Son importance était telle qu'on la considérait comme intimement liée à la famille. Il était, par conséquent, nécessaire pour le législateur de prendre en compte cette donnée sociologique. D'où, le régime strict qui lui est réservé. Mais, outre cela, il existe un autre facteur non favorable à la continuation automatique de ce contrat, même dans l'hypothèse spécifique des fusions et des scissions. Il s'agit, en l'occurrence, de l'incertitude portant sur sa valeur patrimoniale. Des auteurs et non des moindres reconnaissent, en effet et le regrettent, que le « *bail rural n'avait et n'a toujours en principe aucune valeur patrimoniale* »<sup>973</sup>. En effet, même s'il est vrai qu'on ne peut aujourd'hui, dans l'absolu, dénier au bail rural de posséder, dans une certaine mesure, quelque valeur pécuniaire<sup>974</sup>, il n'en demeure pas moins que « *de lege lata son statut n'est pas encore équivalent à celui du bail commercial ou artisanal* »<sup>975</sup>. Ce qui est quelque part confirmé par l'article L. 411-74<sup>976</sup>, du Code rural lui-même, qui érige en délit le fait de percevoir une somme d'argent du locataire entrant pour prix de sa jouissance des terres louées. Selon les Professeurs MALAURIE et AYNES, la non transmission du bail du rural « *ne repose pas sur un intuitus personae intense mais sur des considérations économiques et sociales* »<sup>977</sup>. Pour d'autres, cette absence de valeur pécuniaire de ce contrat est telle qu'il fait même perdre au fonds rural de 2 à 3 % de sa valeur par année de location<sup>978</sup>. Par ailleurs, la Cour de cassation a de façon générale toujours jugé que le bail rural, étant strictement personnel, n'entre pas en communauté<sup>979</sup>. On comprend, dans ces conditions, pourquoi la solution retenue dans l'arrêt du 23 avril 1976 s'impose, au contraire, aux fusions<sup>980</sup>. N'ayant pas de valeur patrimoniale, on voit mal comment le bail rural ferait

<sup>972</sup> V. Ch. DUPEYRON, J.-P. THERON et J.-J. BARBIERI, *Droit agraire*, 1<sup>er</sup> vol., *Droit de l'exploitation*, 2<sup>e</sup> éd., Economica, 1994, p. 98 et s.

<sup>973</sup> V. Ch. DUPEYRON, J.-P. THERON et J.-J. BARBIERI, ouvrage préc., n° 207 et., p. 139.

<sup>974</sup> V. Sur la valeur économique du droit au bail rural, V. notamment G. BAYART, « *Bail rural : vers une reconnaissance de la valeur économique* », Gaz. Pal. Du 7 mai 1994, 1, doctr., p. 586, spéc. p. 590 cité par A. KARM, thèse préc., p. 255, note bas de page n° 130.

<sup>975</sup> V. Anne KARM, thèse préc., p. 255, n° 428.

<sup>976</sup> Selon l'article L. 411-74, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code rural, « *sera puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 200 000 F ou l'une de ces deux peines seulement, tout bailleur, tout preneur sortant ou tout intermédiaire qui aura, directement ou indirectement à l'occasion d'un changement d'exploitant, soit obtenu ou tenté d'obtenir une remise d'argent ou de valeurs non justifiée, soit imposé ou tenté d'imposer la reprises de biens mobiliers à un prix ne correspondant pas à la valeur vénale de ceux-ci* ».

<sup>977</sup> V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Obligations*, t. 2, *Contrats et quasi-contrats*, op. cit., p. 313, note bas de page n° 7.

<sup>978</sup> V. S. CREVEL, « *De la non-valeur à l'antivaleur ou les paradoxes du bail rural* », Rev. des huissiers de justice, n° 11 du 15 juin 1997, p. 751 et s., spéc. p. 752 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 février 1999, D. 2000, p. 14, note F. KENDERIAN cités par A. KARM, thèse préc., p. 255.

<sup>979</sup> V. notamment Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 juillet 1980, Bull. civ. I, n° 227 ; Defrénois 1980, art. 32 503, p. 1551, note G. CHAMPENOIS ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 novembre 1995 : JCP éd. N. 1997, II, p. 912, note D.G. BRELET.

<sup>980</sup> Selon GUYON, la solution de l'arrêt retenue dans cet arrêt du 23 avril 1976 « *ne paraît pas s'imposer au regard des règles qui gouvernent les fusions de sociétés* » : V. note préc.

partie du patrimoine de la société absorbée. Cette absence de valeur patrimoniale est quelque part renforcée par la non reconnaissance de principe d'une propriété culturelle au profit du preneur.

**599. Absence de propriété culturelle-** En effet, contrairement aux baux commercial et artisanal, il n'existe pas en bail rural de propriété culturelle. Ici, le législateur n'a pas mis en place une propriété à l'instar de celle qui existe en bail commercial, par exemple<sup>981</sup>. C'est la raison pour laquelle, le preneur qui fait apport de son activité comprenant un bail rural<sup>982</sup>, à une société civile d'exploitation agricole par exemple, ou à un groupement de propriétaires est obligé de requérir l'agrément personnel du bailleur. Il est évident qu'un tel formalisme, qui n'existe pas en bail commercial, constitue un frein évident à toute tentative d'apport, car l'agrément du bailleur est discrétionnaire<sup>983</sup>. Et cela d'autant plus que le refus du bailleur n'a pas à être motivé et n'est pas susceptible de recours devant le tribunal. Cet agrément, faut-il le préciser, est demandé sans préjudice du droit de reprise du bailleur lui-même. Dès lors, le bail rural n'ayant pas de valeur patrimoniale, ne saurait faire partie de la transmission, en dehors de l'agrément du bailleur. Même si une telle rigueur peut être regrettée par certains<sup>984</sup>, il n'en reste pas moins qu'elle se justifie, au regard encore une fois, de cette absence légale de propriété culturelle. Par ailleurs, outre l'absence de propriété culturelle<sup>985</sup> induisant une certaine absence de valeur patrimoniale du bail rural, il existe un autre facteur, à notre avis, qui fonde quelque part la non transmission automatique du bail rural. C'est le fait qu'il ne participe pas à la composition du capital social, en cas d'apport.

**600. Le bail rural ne participe pas à la formation du capital social-** Etant, par principe, sans valeur patrimoniale, on comprend bien que le bail rural ne participe pas à la formation du capital social<sup>986</sup>. Le preneur apporteur, ne peut, par voie de conséquence, recevoir de parts sociales en rémunération de l'apport de quelque chose dont la valeur économique a été volontairement ignorée par le législateur. On comprend, dès lors, les précautions qui entourent la transmission du bail rural, précautions qui font qu'il est, de

---

<sup>981</sup> V. J. FOYER, « *Société civile et bail rural* » in *Mlges GUYON*, p. 383 et s.

<sup>982</sup> V. C. rural, art. L. 411-38, alinéa 1er.

<sup>983</sup> V. J. FOYER, *Société civile et bail rural*, préc., p. 386.

<sup>984</sup> V. Ph. KAHN, *L'apport en société du bail rural*, RTD com. 1962, p. 567.

<sup>985</sup> V. notamment P. OURLIAC et M. JUGLART, *La propriété culturelle*, J.C.P. 1962, 1, n° 1683 ; A. VITU, *Propriété commerciale et propriété culturelle*, RTD com. 1946, p. 273.

<sup>986</sup> V. J. FOYER, art. préc. idem.

façon générale, admis qu'il ne saurait être transmissible de plein droit. Ce qui est, dans une certaine mesure, justifiée. Le bail rural n'ayant pas, par principe, de valeur patrimoniale, il ne représente pas, tout logiquement, un élément constitutif du patrimoine social. Et puisqu'il ne fait pas partie de ce patrimoine social, il ne saurait donc être transmis avec lui de plein droit.

Aussi, la transmission universelle du patrimoine, en dépit de son automaticité et de son caractère général ne peut emporter continuation de plein droit du bail rural, figurant à l'actif de la société absorbée, sans l'agrément du bailleur<sup>987</sup>. C'est dire, en conclusion, que le bail rural contrarie d'une manière certaine la règle de la continuation résultant des fusions et des scissions, à l'instar du contrat administratif..

## **§.2. Du sort du contrat administratif dans le cadre des fusions et scissions de sociétés commerciales**

**601. Moyens d'action de l'administration-** Dans le cadre des missions qui sont les siennes, c'est-à-dire de police administrative<sup>988</sup> et de services publics<sup>989</sup>, l'administration dispose, au plan juridique, de deux principaux moyens. Le premier, original, car sans équivalent dans les rapports entre particuliers, est l'acte administratif unilatéral<sup>990</sup>. Il est défini comme étant la « *déclaration de volonté émise par une autorité administrative* »<sup>991</sup>.

**602.** Le deuxième moyen, moins original que le premier, utilisé par l'administration, dans le cadre de ses missions, c'est le contrat. L'administration y recourt dans les mêmes conditions que les particuliers, sauf qu'elle l'empreigne de certains aspects particuliers qui font de ce procédé contractuel une catégorie à part : il s'agit du contrat

---

<sup>987</sup> V. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 23 avril 1976, préc.

<sup>988</sup> La mission de police administrative est définie comme « une forme d'intervention qu'exerce une autorité administrative et qui consiste à imposer, en vue d'assurer l'ordre public des limitations aux libertés des individus ».

<sup>989</sup> On entend par services publics, toutes les activités d'intérêt général gérées soit par une personne publique, soit par une personne privée mais sous le contrôle de celle-là.

<sup>990</sup> De façon générale on classe les actes administratifs unilatéraux en deux groupes. Le premier est composé des actes dits réglementaires. Leur particularité, c'est d'avoir une portée générale à l'égard des administrés. C'est le cas notamment de certains actes pris par le gouvernement tels que les décrets réglementaires, c'est aussi le cas d'actes pris par certaines autorités administratives telles les maires et les préfets qui prennent souvent des arrêtés réglementaires. A côté de ces actes réglementaires, coexistent les actes individuels. Comme l'indique leur nom, ils ont une portée spécifique, c'est-à-dire s'appliquent aux seuls destinataires. Il s'agit en l'occurrence des actes de nomination ou des autorisations administratives. Cependant, on parle de plus en plus d'un troisième groupe d'actes administratifs unilatéraux créé par la pratique contentieuse. Cette troisième catégorie, de l'avis de certains auteurs, se trouverait à cheval entre les actes réglementaires et ceux individuels. Comme exemple, on pourrait citer la déclaration d'utilité publique.

<sup>991</sup> V. A. DE LAUBADERE, J.-Cl. VENEZIA et Y. GAUDEMET, Droit administratif, 17<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2002, p. 248.

administratif. L'Etat, on le sait, en tant que puissance publique, n'agit pas toujours en cette qualité. Il lui arrive aussi, très souvent d'ailleurs, d'accomplir ce qu'on appelle des actes de gestion. Dans ce cas, il se comportera comme un simple particulier en traitant d'égal à égal avec les citoyens. C'est en l'occurrence le cas lorsqu'il conclut des contrats avec les administrés.

**603. Détermination du contrat administratif-** Les contrats conclus par l'administration ne sont, cependant, pas tous des contrats administratifs. Certains parmi eux sont soumis à des règles spéciales de droit public et leur contentieux est confié aux juridictions administratives : il s'agit des contrats administratifs. D'autres contrats, conclus par l'administration, au contraire, restent soumis au régime du droit privé et à la compétence du juge judiciaire. Se pose, dès lors, la question des critères permettant de déterminer, parmi les contrats conclus par l'administration, ceux qui sont en réalité des contrats administratifs. Ceux-ci sont déterminés selon deux principaux critères. Dans cette perspective, on a en premier lieu, les contrats administratifs par détermination de la loi. Ce sont des contrats dont une disposition légale a expressément attribuer aux tribunaux administratifs la compétence pour connaître de leur contentieux. Il en est ainsi des contrats comportant occupation du domaine public et des marchés de travaux publics.

**604. Critère jurisprudentiel-** Le deuxième critère permettant de caractériser le contrat administratif nous est livré par la jurisprudence administrative. Ce critère est double. D'abord, un contrat est qualifié d'administratif, et cela, quelles que soient ses stipulations, lorsque son but est « *de faire participer directement le cocontractant à l'exécution même d'un service public* »<sup>992</sup>. C'est notamment le cas des contrats de concession de services publics. Est un contrat administratif, ensuite, « *tout contrat conclu par l'administration, dans lequel ont été insérées des clauses exorbitantes de droit commun* »<sup>993</sup>. On comprend ainsi la spécificité de ces contrats par rapport à ceux de droit commun. D'où cette interrogation : qu'en sera-t-il du sort de tels contrats lorsqu'ils figureraient dans le patrimoine de la société absorbée ou scindée ? Devraient-ils être continués par la société bénéficiaire, et cela, conformément à la règle de la transmission universelle du patrimoine ? Ou, au contraire, devraient-ils, par principe, échapper à celle-ci

---

<sup>992</sup> V. A. DE LAUBADERE, J.-Cl. VENEZIA et Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, préc., p. 265.

<sup>993</sup> V. A. DE LAUBADERE, J.-Cl. VENEZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 266.

du fait de leur spécificité ? À priori, cette question ne devrait pas être posée, car la logique de la transmission universelle postule, par principe, la continuation de tous les contrats de la société dissoute sans liquidation (I). Cependant, la nature particulière de ce contrat et de celle du droit qui le consacre font que sa continuation ne saurait s'opérer de plein droit dans le contexte fût-il particulier des fusions et des scissions (II).

### **I. De la logique de la continuation du contrat administratif dans le cadre des fusions et des scissions**

**605. Continuation du contrat administratif-** Le principe de la transmission universelle du patrimoine voudrait, tout logiquement, que le contrat administratif figurant dans le patrimoine de la société absorbée ou scindée soit continué par la société bénéficiaire. Deux arguments postulent, en principe, la continuation de plein droit du contrat administratif conclu par la société absorbée ou scindée. Le premier, classique, est le principe même de la transmission universelle du patrimoine. Nous l'avons suffisamment dit, les fusions et scissions constituent des opérations qui entraînent la transmission de l'ensemble du patrimoine de la société dissoute sans liquidation à la société bénéficiaire<sup>994</sup>. Celle-ci, ayant-cause universel ou à titre universel de celle-là, pourra ainsi de plein droit continuer tous les contrats conclus par la société absorbée, quelle que soit la nature de ces contrats. Cette conséquence constitue l'essence même du principe de la transmission universelle. La continuation étant universelle et de plein droit, les contrats administratifs conclus par la société absorbée ne pourraient, par conséquent, être exclus. De plus, et c'est le deuxième argument, le droit administratif lui-même n'a pas expressément prévu l'absence de continuation du contrat administratif dans l'hypothèse d'une fusion ou scission. Ce qui permet de conclure à l'opposabilité de droit du principe de la transmission universelle du patrimoine au contrat administratif.

**606. Mutisme jurisprudentiel sur le cas de transmission universelle du patrimoine-** La jurisprudence, non plus, ne s'est pas, à notre avis, prononcée sur une telle hypothèse. Le Conseil d'Etat n'a en effet évoqué que les cas de cession du contrat administratif. Statuant, depuis longtemps, il a en effet posé le principe de l'incessibilité du

---

<sup>994</sup> V. C. com., art. L. 236-3 al. 1<sup>er</sup>.

contrat administratif à un tiers<sup>995</sup>. Le contrat administratif étant en général conclu selon des qualités propres à chaque cocontractant, la haute juridiction administrative a consacré le principe selon lequel « *la cession d'un marché ou d'une concession ne pouvait s'opérer, même en l'absence de toute clause spéciale en ce sens, sans l'agrément préalable de la collectivité cocontractante* »<sup>996</sup>. Une telle conséquence, de l'avis du Conseil d'Etat, est liée à la nature *intuitus personae* de ce contrat, nature qui empêche sa cession un tiers. Or, il se trouve que les fusions et scissions ne sont pas des cas de cession de patrimoine. Elles constituent, de l'avis exprès du législateur<sup>997</sup>, des techniques de transmission universelle du patrimoine d'une société à une autre. Par ailleurs, la société bénéficiaire n'est pas un tiers, au strict plan juridique. Elle est la continuatrice de la personne et de l'activité de l'entité dissoute, puisqu'elle est son ayant-cause universel. Le cessionnaire, lui, est un ayant-cause à titre particulier. On ne peut donc que constater l'inopposabilité de l'interdiction de cession au cas de fusion ou de scission. Par voie de conséquence, la règle de la transmission universelle du patrimoine doit, en principe, entraîner la continuation de plein droit du contrat administratif conclu par la société absorbée ou scindée. Toutefois, tirer une telle conséquence, opposable aux contrats de droit commun, ne heurterait-elle pas la spécificité même de ces contrats ?

## **II. Du principe de la non-continuation de plein droit du contrat administratif dans l'hypothèse d'une fusion ou scission**

**607. Principe de non-continuation du contrat administratif dans l'hypothèse d'une fusion ou scission-** Si le principe de la transmission universelle du patrimoine devrait, en principe, entraîner la continuation de l'ensemble des contrats conclus par la société absorbée ou scindée, il convient de reconnaître la difficulté de l'admission d'une telle solution au cas du contrat administratif. Celui-ci, par principe, ne pouvait être continué de plein droit par la société bénéficiaire sans l'agrément préalable de la personne publique cocontractante. Cette solution, qui contrarie la règle de la continuation résultant des fusions et scissions, est, en fait, justifiée par deux facteurs.

---

<sup>995</sup> V. A. DE LAUBADERE, J.-Cl. VENEZIA et Y. GAUDEMET, op. cit. idem.

<sup>996</sup> V. CE, Sect. Finances, avis n° 364803, 8 juin 2000 in Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 2002, p. 449, spéc. 450.

<sup>997</sup> V. C. com., art. L. 236-1, al. 1<sup>er</sup> et L. 236-3, al. 1<sup>er</sup>.



**608. Spécificité de l'objet du contrat administratif-** Le premier facteur qui justifie la contrariété de principe de la règle de la continuation par le contrat administratif résulte de son objet même qui explique, par ailleurs, son caractère *intuitu personae*. N'oublions pas que lorsque l'administration recourt au procédé contractuel, c'est exclusivement pour remplir les missions qui lui sont confiées, celles de police administrative et de services publics. Or, la finalité même de ces missions, c'est de satisfaire l'intérêt général, c'est-à-dire de celui de l'ensemble des administrés, à l'inverse du contrat de droit privé qui, lui, a pour seule finalité de satisfaire les intérêts exclusifs des seuls contractants. C'est cette spécificité du contrat administratif qui explique, dans une large mesure, la différence des règles de fond qui lui sont applicables par rapport à celles régissant le contrat de droit privé<sup>998</sup>. En effet, sur nombre d'aspects, les règles applicables au contrat administratif présentent une certaine originalité par rapport à celles applicables au contrat privé. Et cela est vrai aussi bien en ce qui concerne sa conclusion que son exécution. Selon certains auteurs, cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les marchés publics<sup>999</sup>. Comme règle de fond originale, on peut citer l'exemple du pouvoir de modification unilatérale dont bénéficie la personne publique cocontractante. Ce pouvoir de modification unilatérale du contrat, par essence interdite en droit privé des contrats, est reconnu comme étant une règle générale du contrat administratif<sup>1000</sup>.

**609. Régime spécifique du contrat administratif-** Très souvent pour conclure un contrat, l'administration utilise des techniques, qui sont inconnues du droit commun des contrats. Il s'agit notamment des techniques de l'adjudication<sup>1001</sup> et de l'appel d'offres<sup>1002</sup>. Ce qui donne, par voie de conséquence, à l'administration le pouvoir de conclure des contrats en considération des qualités propres à chaque cocontractant, selon le Conseil d'Etat. Et c'est ce fait, en fin de compte, qui permet de qualifier le contrat administratif de contrat *intuitus personae*. Car, au regard de la spécificité des missions de l'administration, on comprend aisément qu'elle ne peut se permettre de contracter avec « n'importe qui ».

<sup>998</sup> C'est dire qu'il n'y a pas que les règles relatives au contentieux qui sont différentes.

<sup>999</sup> V. A. DE LAUBADERE, J.-Cl. VENEZIA et Y. GAUDEMET, op. Cit., p. 266.

<sup>1000</sup> V. J. GEORGEL, « Exécution du contrat administratif, situation du cocontractant de l'administration », Juris-classeurs 1991, fasc. 512, n° 55; CE, 2 février 1983, Union des transports publics : RDP 1984, p. 212, note J.-M. AUBY; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 1995, p. 196 et 197.

<sup>1001</sup> Par cette technique, l'administration dispose de la possibilité de restreindre la désignation de son cocontractant. Elle lui permet, également, de limiter les pourparlers ainsi que la détermination du prix du marché.

<sup>1002</sup> La technique de l'appel a cet avantage de permettre à l'administration, en plus de celui de la mise en concurrence, de désigner librement son cocontractant sans que celui-ci soit celui qui a fait la meilleure offre. Il y a aussi la technique du marché négocié.

Cette spécificité de l'objet de ce contrat explique, par ailleurs, les prérogatives particulières dont jouit l'administration au cours de l'exécution du contrat. Nous voudrions ici faire allusion au pouvoir de modification unilatérale dont elle bénéficie ainsi que de la possibilité qui lui est offerte de pouvoir rompre l'égalité qui caractérise les rapports entre cocontractants. On comprend, dès lors, au regard de tout ce qui précède, que l'administration ne saurait accepter qu'un contrat soit continué par une autre personne que celle ayant à l'origine contracté avec elle, fût-il dans le cadre d'une fusion ou scission. La transmission universelle du patrimoine ne peut la dépouiller de son droit de choisir son cocontractant dans le cadre de ses missions de service public ou de police administrative. C'est d'ailleurs, ce que vient de confirmer récemment la haute juridiction administrative dans un avis qui lui est demandé.

**610. Le principe jurisprudentiel de l'exclusion de droit du contrat administratif de la règle de la continuation dans le cadre des fusions et scission: l'avis du CE du 8 juin 2000-** Il convient, peut être, de préciser que dans ce contexte très propice aux opérations de restructuration, la question du sort du contrat administratif ne peut que se poser. Or, il se trouve qu'en dehors du cas de cession de contrat, il n'existe pas de solutions spécifiques au cas de transfert du contrat administratif dans l'hypothèse particulière de la transmission universelle du patrimoine. C'est conscient de l'absence de solutions lisibles du sort de ce contrat, et cela, dans le cadre plus général des opérations de restructuration d'entreprises, que le ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie a saisi le Conseil d'Etat pour avis. Profitant de cette opportunité, la haute juridiction administrative a, dans son avis, rendu le 8 juin 2000, expressément posé le principe du sort du contrat administratif dans le cadre des fusions et des scissions de sociétés commerciales<sup>1003</sup>.

**611. Du principe de la non-continuation du contrat administratif-** L'avis demandé au Conseil d'Etat portait en réalité sur deux questions essentielles. Il lui était demandé s'il était possible d'appliquer les procédures prévues par le Code des marchés publics ou la loi du 29 janvier 1993<sup>1004</sup>.

---

<sup>1003</sup> V. CE, Sect. Finances, avis n° 364803, 8 juin 2000 in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 2002, p. 449.

<sup>1004</sup> Rappelons que l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 prévoit que « les délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes (...). Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité de la personne publique délégante, qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire » aux cas suivants:

**612. Exigence d'un agrément préalable de la puissance publique cocontractante-** C'est en répondant à cette série de questions du ministre, que le Conseil d'Etat a expressément déterminé, à côté des cas de transfert ne nécessitant pas une autorisation préalable de la puissance publique cocontractante, les opérations qui, pour impliquer une transmission du contrat administratif, doivent obligatoirement obtenir un agrément préalable de l'administration. Il s'agit, de l'avis même de la haute juridiction, de toutes *"les opérations entraînant la création d'une personne morale nouvelle distincte de celle du concessionnaire"*, assimilées comme étant des cas de cessions à un tiers. Or, parmi ces opérations figurent explicitement *« les opérations de fusion ou de scission qui aboutissent à la disparition du cocontractant et donc à la création d'une nouvelle société »*. L'examen de l'avis du Conseil permet de constater que les seuls cas de continuation de plein droit refusé sans une acceptation préalable de l'autorité administrative cocontractante sont limités aux fusions et scissions entraînant la création d'une personne morale nouvelle. Reste, par voie de conséquence, admise la continuation de plein droit du contrat dans l'hypothèse d'une fusion par absorption, car ici, il n'y a pas disparition du cocontractant de l'administration.

L'épreuve que subit la règle de continuation ne se limite pas uniquement à des contrats venant de disciplines spéciales. En effet, d'autres contrats, au regard de leur particularité, ne sont pas censé se poursuivre, de plein droit, et ce, en dépit du principe de la transmission universelle du patrimoine.

- 
- lors de la cession pure et simple d'un contrat de marchés publics ou de délégation de service public à un tiers ;
  - lorsqu'une entreprise prend le contrôle d'une personne morale chargée directement de l'exécution d'un tel contrat ;
  - lorsqu'une entreprise prend le contrôle d'une personne morale disposant de filiales chargées de l'exécution de marchés ou de délégation, dont cette personne morale s'est ou non portée garante.

### **SECTION III DE LA CONTRARIÉTÉ DE LA RÈGLE DE LA CONTINUATION PROVENANT DE CERTAINES CONVENTIONS SPECIALES : CAS DES MANDATS SOCIAUX ET DES CONTRATS OBLIGATAIRES**

**613.** Si le caractère général de la règle de la continuation des contrats, à l'occasion d'une fusion ou scission, ne fait pas de doute, il n'en demeure pas moins que certaines conventions telles que les mandats sociaux (§.1) et les contrats obligataires (§.2) sont susceptibles de la contrarier.

#### **§.1. La contrariété de la règle de continuation par les mandats sociaux des sociétés absorbées et scindées**

**614. Notion de mandat social-** Le mandat est généralement défini comme étant l'acte par lequel une personne est chargée par une autre de l'en représenter pour l'accomplissement d'un ou plusieurs actes juridiques<sup>1005</sup>. C'est donc, en quelque sorte, le pouvoir qu'une personne donne à une autre d'agir en son nom. En fonction de sa nature le mandat est soit conventionnel, en l'occurrence lorsqu'il résulte d'un contrat conclu entre le représenté<sup>1006</sup> et le représentant<sup>1007</sup>, soit légal<sup>1008</sup>, c'est-à-dire provenant d'un ordre de la loi, soit judiciaire<sup>1009</sup>. Toutefois, le mandat qui nous intéresse, ici, c'est celui en vertu duquel on confère à une personne, en l'occurrence une personne morale, le pouvoir de diriger une autre personne morale. En d'autres termes, on confiera, par ce mandat, à une société commerciale les fonctions de direction d'une autre. Aussi, avons-nous estimé que

---

<sup>1005</sup> V. Lexique des termes juridiques préc., p. 351.

<sup>1006</sup> Le représenté est appelé mandant, c'est-à-dire la personne qui, par un mandat, donne à une autre le pouvoir d'agir en son nom.

<sup>1007</sup> Le représentant est, lui, appelé mandataire, c'est-à-dire la personne qui a reçu mandat ou procuration pour représenter le mandant.

<sup>1008</sup> On peut notamment citer à titre d'exemple le cas du mandat d'amener, ordre donné aux forces de sécurité par le procureur de la République ou même un magistrat instructeur, de conduire immédiatement un individu devant lui, soit qu'il est soupçonné d'avoir participé à un crime flagrant, soit qu'il fait l'objet d'une inculpation ; il en est de même du mandat d'arrêt qui est l'ordre donné à la force publique, soit par un juge pénal, soit par un juge d'instruction, de rechercher un inculpé ou un prévenu et de le conduire à la maison d'arrêt indiquée sur le mandat : V. Lexique des termes juridiques préc., p. 351.

<sup>1009</sup> C'est le cas notamment du mandataire chargé par le juge de représenter les créanciers dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires.

se posera la question de savoir de ce qu'il adviendra d'une telle convention lorsque soit la société dirigée, soit la société mandataire participent à une opération de fusion ou de scission. Peut-on prétendre à sa poursuite au motif que s'est opérée une transmission universelle de patrimoine ? Avant de répondre à cette question (II), il conviendra, à notre avis, de déterminer d'abord les cas dans lesquels une société commerciale est susceptible d'être mandataire sociale (I).

## **I. Des mandats pouvant être confiés à une société commerciale**

**615. Des mandats possibles-** Si une personne morale, en l'espèce une société, peut être investie des fonctions de direction d'une autre, il faut de tout même relever que cela ne peut être vrai pour toutes les formes de sociétés commerciales. D'où, par conséquent, l'intérêt de préciser les cas dans lesquels une telle circonstance est possible, la loi ayant été claire là-dessus.

**616. Gérance des sociétés hybrides-** Nous examinerons successivement la gérance d'une société à responsabilité limitée (SARL) et celle des sociétés en commandite. La loi a expressément exclu toute possibilité pour une personne morale, quelle qu'elle soit, de diriger une SARL. Selon l'article L. 223-18 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce, seules les personnes physiques sont habilitées à gérer une telle société. En ce qui concerne les sociétés en commandite, le renvoi à certaines dispositions du Code de commerce permet de déduire que leur gestion par une personne morale est possible. On peut ainsi relever que pour la société en commandite simple, l'article L. 222-2 du Code de commerce, dispose que « *les dispositions relatives aux sociétés en nom collectif sont applicables aux sociétés en commandite simple...* ». Quant à la société en commandite par actions, c'est l'article L. 226-1 du même Code, qui dispose, en son alinéa 2, que « *dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre, les règles concernant les sociétés en commandite simple et les sociétés anonymes, à l'exception des articles L. 225-17 à L. 225-93, sont applicables aux sociétés en commandite par actions* ».

**617. Gérance de société en nom collectif (SNC)-** S'agissant de la société en nom collectif, il est indiqué<sup>1010</sup> qu'elle peut être dirigée tant par une personne physique que par une personne morale. Lorsqu'il est prévu de confier la gérance à une personne morale, il n'est pas nécessaire que cela soit subordonné à des règles particulières. En d'autres termes, la désignation de la personne morale peut être faite soit dans les statuts, soit en dehors de ceux-ci.

**618. La direction d'une société anonyme (SA)-** Les fonctions de direction de la société anonyme sont également ouvertes aux personnes morales. Une société peut ainsi se voir confier le mandat de diriger une société anonyme. Cependant, une précision s'impose puisque, toutes les fonctions ne pas possibles pour les personnes morales. Prenons d'abord, le cas de la société anonyme classique. Si la personne morale peut être nommée au poste d'administrateur<sup>1011</sup>, en revanche, il lui est interdit les fonctions de président de conseil, de directeur général ou de directeur général délégué. Celles-ci sont exclusivement réservées aux personnes physiques. Lorsque la société à diriger est une société anonyme moderne, c'est-à-dire à directoire et conseil de surveillance, il s'impose ici aussi une distinction. Seules les fonctions de membre du conseil de surveillance<sup>1012</sup> peuvent être assumées par des personnes morales. En revanche, il leur est interdit d'être membres du directoire<sup>1013</sup>, présidentes ou vice-présidentes du conseil de surveillance<sup>1014</sup>.

**619. Direction de la société par actions simplifiée-** Cette nouvelle forme<sup>1015</sup> de société de capitaux constitue la seule pour laquelle la loi a imposé un organe de direction<sup>1016</sup>. Il lui est fait obligation d'avoir un président, auquel les associés demeurent libres d'adjoindre ou non d'autres organes. Et rien n'interdit que les associés nomment une

---

<sup>1010</sup> V. art. 221-3, C. Com.

<sup>1011</sup> S'agissant de la société anonyme à conseil d'administration, l'article L. 225-20, du Code de commerce, dispose qu'« une personne morale peut être nommée administrateur ».

<sup>1012</sup> V. C. com., art. L. 225-76

al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1013</sup> Selon l'article L. 225-9 alinéa 2 du Code de commerce, « à peine de nullité de la nomination, les membres du directoire ou le directeur général unique sont des personnes physiques. Ils peuvent être choisis en dehors des actionnaires ».

<sup>1014</sup> L'article L. 225-81 du Code de commerce, dispose qu'« à peine de nullité de leur nomination, le président et le vice-président du conseil de surveillance sont des personnes physiques ».

<sup>1015</sup> C'est l'impulsion des grands chefs d'entreprises (CNPF), qui demandaient une formule plus souple susceptible de permettre aux entreprises de pouvoir coopérer, que le législateur a créé le 3 janvier 1994 la société par actions simplifiée.

<sup>1016</sup> La loi dispose en effet que la société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts, président qui est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social : C. com., art. L. 227-6.

personne morale à ce poste de président<sup>1017</sup>, car le Code du commerce prévoit lui-même, en son article L. 227-7 alinéa 1<sup>er</sup>, que les dirigeants de la personne morale nommée présidente ou dirigeante d'une société par actions simplifiée sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités que s'ils étaient dirigeants en leur nom propre.

Dès lors qu'on tolère qu'une société puisse être investie du mandat de diriger une autre, se posera naturellement l'interrogation de savoir le sort de cette convention lorsque la société dirigeante ou dirigée prendra part à une opération de fusion ou de scission. Ce mandat social, est-il censé se poursuivre, conformément au principe de la transmission universelle de patrimoine ? Ou, au contraire, sa destinée logique, c'est de tout simplement de disparaître ?

## **II. Le sort des mandats sociaux dans le cadre des fusions et des scissions**

**620.** Pour mieux aborder la question, il conviendrait, selon nous, de procéder à une distinction selon que c'est la société mandataire (**B**) ou dirigée (**A**) qui participe à l'opération de transmission universelle.

### **A. Le sort du mandat de direction lorsque la fusion ou scission affecte la société dirigée**

**621.** À côté principe de non continuation automatique des mandats de gestion ou de direction (1°), il existe tout de même une exception prévue par le législateur (2°).

---

<sup>1017</sup> V. Dans l'exercice des fonctions à lui confiées, la personne morale peut recourir soit à son représentant légal, soit à un représentant permanent. Exception faite de la société anonyme, la loi n'a pas prévu de nomination de représentant permanent pour les autres sociétés, assurant des fonctions de direction. Ce qui voudrait dire, par voie de conséquence, que la société dirigeante est *ipso facto* représentée par son représentant légal. En dehors des SA et des SARL, le représentant légal de la société dirigeante n'est pas obligée d'être une personne physique. Lorsqu'il s'agit d'une SA qui est dirigeante, le représentant permanent est nommé par le représentant légal de la société administrateur ou membre du conseil de surveillance. En revanche, une telle nomination n'est pas prévue pour les SAS.

## **1°. Du principe de non continuation automatique des mandats de gestion ou de direction à l'occasion d'une fusion ou d'une scission**

**622. Généralités-** La question du sort des mandats des dirigeants dans le cadre d'une opération de fusion ou de scission, ne devrait pas, en principe, poser de problèmes particuliers en cette occurrence. Deux raisons peuvent expliquer cela. La première tient au fait qu'en général, et cela n'est pas surprenant, le sort des pouvoirs et fonctions des dirigeants n'est jamais étranger aux débats de la période des négociations. Rappelons que les rapprochements et les pourparlers entre les sociétés participantes s'opèrent grâce et par le truchement de ces mêmes dirigeants. On comprend, ainsi, qu'ils prennent le soin, en général, d'insérer dans les thèmes de négociation leur propre situation. La deuxième raison, c'est que, aussi bien dans le cadre d'une fusion-absorption que d'une fusion par création de société nouvelle, la société absorbée ou scindée disparaît. Par conséquent, le sort des mandats sociaux des dirigeants se résout de lui-même. La société à laquelle ils sont contractuellement rattachés ayant disparu, il est logique que leurs mandats tombent également. C'est d'ailleurs, la raison pour laquelle le Code de commerce n'a certainement pas jugé utile d'accorder une attention toute particulière à cette question<sup>1018</sup>.

**623. Principe de non continuation du mandat de gestion-** Ainsi, lorsque la société dont la direction est assurée par une personne morale fusionne ou se scinde au profit d'autres sociétés, la logique juridique requiert que le mandat de la société dirigeante prenne fin avec la disparition de la société absorbée ou scindée. Puisque la société dirigée est dissoute, tout logiquement les fonctions de direction qu'assume la société dirigeante doivent cesser en même temps que cette société. Ainsi, par exemple, lorsqu'une société à responsabilité limitée est absorbée par une autre, il est évident que le mandat de gérant confiée la personne morale s'arrête automatiquement. Il ne serait pas logique de prétendre que le principe de la transmission universelle de patrimoine ferait survivre ce mandat de la personne morale dirigeante. La société dirigée étant dissoute, le mandat n'a ni cause ni

---

<sup>1018</sup> Cela n'empêche, cependant, pas et ce malgré la disparition de leurs mandats, que ces dirigeants fassent l'objet d'une action en justice au titre de faits commis au préjudice de la société absorbée, action pouvant être mise en œuvre par les associés ou actionnaires de la société nouvelle ou absorbante : V. Cass. crim., 19 mai 1998, n°1105 P, La Revue fiduciaire, FH 2713, p. 22.



objet. Il devient par conséquent caduc et tombe de lui-même. Et cette solution est valable qu'il existe ou non un lien de capital entre les deux sociétés. C'est-à-dire qu'on pourrait imaginer que la société dirigée est une filiale de la société dirigeante. Dans ce cas, lorsque la seconde absorbe la première, il est logique et naturel que le mandat disparaisse en même temps que la filiale absorbée.

**624.** Ceci voudrait dire, en conséquence, que lorsque la société dirigée n'est pas affectée par l'opération de fusion ou de scission, il est évident que le mandat survivrait. C'est le cas, en l'occurrence, lorsque c'est elle qui est bénéficiaire de la transmission universelle de patrimoine. Si la disparition de la société dirigée entraîne celle du mandat social, il existe tout de même une possibilité que le mandat de direction continue, et cela, en dépit de la fusion qui s'est opérée.

## **2°. Les exceptions à la règle de non continuation des mandats sociaux**

**625. Dérogations au principe de non continuation-** Si, par principe, les mandats des dirigeants sociaux doivent disparaître en même temps que la société absorbée ou scindée, à la suite d'une fusion ou scission, il existe cependant des cas dans lesquels, certains dirigeants vont pouvoir continuer d'exercer leurs fonctions de mandataires sociaux. C'est ce qui est prévu par la loi dans l'hypothèse particulière d'une fusion de société anonyme. Il est, en effet, dit qu' « *en cas de fusion de sociétés anonymes, le nombre de membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, selon le cas, peut dépasser le nombre de **dix-huit**, prévu aux articles L. 225-17 et L.225-69, pendant un délai de trois ans à compter de la date de la fusion fixée à l'article L.236-4, sans pouvoir être supérieur à vingt-quatre* »<sup>1019</sup>. En offrant la possibilité à la société absorbante ou nouvelle de comporter plus de « **dix-huit** » membres à son conseil d'administration ou de surveillance, c'est, corrélativement, offrir également la possibilité de voir certains mandats sociaux, si ce n'est d'ailleurs tous, de la société absorbée ou

---

<sup>1019</sup> Selon l'art. L. 225-17 C. Com. « *la société anonyme est administrée par un conseil d'administration composé de membres au moins. Les statuts fixent le nombre maximum des membres du conseil, qui ne peut dépasser dix-huit* ». En vertu de l'art. L. 225-69 C. com. « *Le conseil de surveillance est composé de trois membres au moins. Les statuts fixent le nombre maximum des membres du conseil, qui est limité à dix-huit* ».

scindée se poursuivre. En ce cas, c'est donc une dérogation qu'apporte là le législateur au principe de non continuation automatique des mandats de gestion ou de contrôle de la société absorbée ou scindée.

**626. Limites de la dérogation au principe de non continuation-** Aussi, grâce à cette dérogation, certains dirigeants, ou même tous les dirigeants dans leur ensemble, de la société disparue vont voir leurs mandats continués au sein de l'entité bénéficiaire de la transmission universelle. En rappelant que la personne morale est légalement admise à être désignée au poste d'administrateur<sup>1020</sup> ou de membre du conseil de surveillance<sup>1021</sup>, il devient donc possible que son mandat se poursuive en dépit de la fusion de la société anonyme fusionnée. Cependant, il convient de relever que cette dérogation comporte en elle-même deux limites. La première tient au fait que la dérogation prévue à l'article L. 225-95 du Code de commerce est, avant tout, limitée en nombre. En effet, si le nombre des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de la société absorbante ou nouvelle peut dépasser dix-huit, il ne peut, en revanche, excéder vingt-quatre. Quant à la seconde limite, elle est d'ordre temporel. Si le législateur a autorisé, dans le cadre d'une fusion et scission de sociétés anonymes, que le conseil de surveillance ou d'administration de la société bénéficiaire puisse comporter plus de dix-huit membres, il a tout de même pris le soin de spécifier que le dépassement de la composition normale de ces organes collégiaux est limité à trois ans. La société absorbante ou nouvelle est, par conséquent, tenue de prendre les dispositions nécessaires pour qu'au plus tard dans les trois années qui suivent la réalisation de l'opération, la composition de ces organes redevienne normale. Une autre limite de la dérogation qu'il sera permis de constater, tient au fait qu'elle ne vise que les fusions effectuées entre sociétés anonymes. On pourra, par conséquent, en déduire que lorsqu'une société en nom collectif ou une société à responsabilité limitée est absorbée par une société anonyme, ce régime dérogatoire ne pourra s'appliquer<sup>1022</sup>.

**627. Motifs de l'exception au principe de non continuation-** On comprend bien cette flexibilité du législateur de 1994 quant à cette possibilité de déroger au principe de non continuation des mandats sociaux en cas de fusion de sociétés anonymes. Faut-il

---

<sup>1020</sup> V. C. com., art. L. 225-20.

<sup>1021</sup> V. C. com., art. L. 225-76, al. 1.

<sup>1022</sup> On observera également que le Code de commerce n'a, en revanche, fixé aucune espèce de contrainte relative à la composition du conseil de surveillance ou du conseil d'administration dans la réalisation du processus de dépassement. Aussi, ceci implique que la désignation de nouveaux administrateurs, outre les anciens de la société absorbée ou scindée, est possible.

rappeler que les décisions de restructurations, notamment de fusions et de scissions, sont en général le choix des dirigeants sociaux, et non des associés ou des actionnaires. Ce sont eux, en effet qui, à un moment de la vie de l'entreprise et en fonction de l'environnement économique et/ou financier, décident d'entrer dans un processus de restructuration en choisissant les partenaires adéquats. Or, de telles décisions, même si elles concernent, d'abord au plus haut niveau, les intérêts de l'entreprise, et donc des actionnaires, il n'en demeure pas moins que les intérêts des dirigeants n'en sont pas moins absents. En rentrant en pourparlers avec une autre entreprise en vue d'une fusion ou scission, le ou les dirigeants espèrent à tout le moins « récolter » quelque chose, dont au moins la conservation de leurs fonctions dans la future entité. Nombreux seront les dirigeants à entraver une opération de restructuration si au terme de celle-ci, ils risqueraient de perdre leurs mandats, alors même que cette restructuration se révélerait être nécessaire tant pour l'économie nationale que pour les emplois. Ainsi, le fait de permettre aux dirigeants de conserver leurs mandats sociaux, ne serait-ce que pendant quelques années, constituera à coup sûr une soupape de sécurité quant aux possibilités de réalisation des opérations de restructuration, dont notamment les fusions et scissions.

Outre l'hypothèse de la participation de la société dirigée à une opération de fusion ou de scission, la question du sort des mandats de gestion peut aussi se poser lorsque c'est la société mandataire, elle-même, qui prend part à de telles opérations.

## **B. Le sort du mandat de gestion lorsque la fusion ou scission affecte la société mandataire<sup>1023</sup>**

**628. Disparition de la société mandataire-** Lorsqu'une société, à qui on a confié le mandat de diriger une autre société, prend part à une opération de fusion ou de scission se posera certainement l'interrogation de savoir si ce mandat survivra ou non à l'opération de transmission universelle. Plusieurs scénarii sont envisageables. On peut d'abord imaginer que la société mandataire fusionne avec une autre pour donner naissance à une

---

<sup>1023</sup> C'est dire que si c'est la société mandataire qui est la société absorbante, il est naturel que cela n'aura pas d'effet particulier sur le mandat de gestion dont elle est détentrice.

société nouvelle. De même qu'il est aussi possible qu'elle se fasse absorber par une autre. On peut, enfin, imaginer, que la société mandataire se scinde au profit d'autres sociétés. Le dénominateur commun à ces trois hypothèses, c'est la disparition de la société mandataire. Dès lors, que deviendra, dans ces cas-là, le mandat de direction ou de gestion ? Celui-ci pourra-t-il survivre à l'opération de fusion ou de scission ? Comme nous l'avons déjà dit, le sort des dirigeants est rarement omis dans les négociations entre les sociétés participantes à l'occasion de telles opérations. Autrement dit, des accords sont souvent conclus sur le sort qui devrait être réservé aux mandataires sociaux. Mais, supposons que les sociétés participantes omettent de conclure de tels accords. Est-il possible ou logique de conclure à la transmission des mandats de gestion ?

**629. Principe de non continuation des mandats de direction-** Selon nous, on ne peut conclure, en ces hypothèses précédemment citées, que les mandats de gestion des sociétés absorbées se transmettent automatiquement à la société nouvelle ou absorbante. A l'appui de cette affirmation, il est possible d'invoquer deux arguments. Il y a d'abord le fait que la loi n'ait réservé aucune solution spécifique à de tels mandats, exception faite de l'hypothèse de fusion de sociétés anonymes. Il y a, ensuite et surtout, le fait que le mandat de gestion ou de direction est dépourvu de tout caractère patrimonial. En effet, il n'a aucune valeur patrimoniale, si ce n'est celle politique ou stratégique. C'est dire que ce mandat ne fait pas partie des éléments constitutifs du patrimoine de la société absorbée. Elle ne saurait, dès lors, prétendre le transmettre à la société bénéficiaire de la transmission universelle. La société mandataire ayant disparu, le mandat de direction disparaît en conséquence. Une telle solution s'applique également aux mandats des commissaires aux comptes<sup>1024</sup>. Analysant un arrêt de la chambre commerciale, le Professeur VIANDIER arrive à la conclusion que le principe de non continuation du mandat de syndic, doit aussi s'appliquer aux mandats de commissaire aux comptes et aux sociétés titulaires de la qualité d'administrateurs ou de dirigeants d'une autre société<sup>1025</sup>.

---

<sup>1024</sup> Le principe de non continuation automatique s'applique également aux mandats des commissaires aux comptes. Ces conventions ne sauraient être continuées. En dépit de la règle de la continuation des contrats consubstantielle au principe de la transmission universelle de patrimoine, résultant des fusions et scissions, les mandats des commissaires aux comptes des sociétés absorbées ou scindées prennent fin aux termes de ces opérations qui entraînent la disparition desdites sociétés (V. Cass. com., 17 janvier 1989, Bull. Joly 1989.247, note P. LE CANNU; Cass. com., 7 octobre 1997, Bull. Joly 1997.1053, obs. P. LE CANNU). En revanche, la fusion ou scission n'aura aucune incidence sur les mandats des commissaires aux comptes de la société absorbante. La poursuite de ces mandats se fera de plein droit et ce jusqu'au terme prévu, à moins que ne se réalise, à l'occasion de la fusion ou scission, l'une des incompatibilités prévues à l'article L. 225-224 du Code de commerce.

<sup>1025</sup> V. Note sous Cass. com., 30 mai 2000: J.C.P. éd. G. 2000, II, 10401.

Cette impuissance du principe de la transmission universelle de patrimoine à emporter, par principe, continuation des mandats de gestion de la société absorbée, se retrouve aussi à propos de certains contrats, se caractérisant par leur nature financière.

## **§.2. L'influence de la transmission universelle du patrimoine sur les contrats obligataires de la société fusionnée ou scindée**

**630. L'émission d'obligations-** Dans la quête de financements pour assurer leur développement ou encore pour surmonter certaines difficultés, les entreprises s'adressent de façon générale aux établissements de crédit, mode classique de financement. Cependant, à coté de ce type de financement, on peut constater qu'elles peuvent également recourir à une autre forme de financement, celle consistant à émettre des valeurs mobilières<sup>1026</sup>, en l'occurrence des obligations. Cette forme d'emprunt qui était jusqu'à récemment réservée aux seules sociétés par actions est désormais ouverte aux sociétés à responsabilité limitée<sup>1027</sup>. Ainsi, grâce à l'émission de tels titres l'entreprise va pouvoir renforcer ses capacités financières sans passer par les contraintes du financement bancaire.

**631. L'emprunt obligataire : un contrat-** Il convient de préciser qu'en dépit du fait que ce type de financement passe nécessairement par l'émission de titres, il n'en demeure pas moins qu'il reste un emprunt. Rappelons d'ailleurs que les obligations constituent des valeurs mobilières<sup>1028</sup> représentatives d'une **créance** à moyen ou long terme<sup>1029</sup>. Le fait que la plupart des textes<sup>1030</sup> ne fassent mention que *d'« émissions*

---

<sup>1026</sup> En tant que valeurs mobilières, les obligations sont cédées sans formalités particulières. A ce titre, elles peuvent, en outre, être cotées en bourse, ce qui permettra notamment au prêteur de céder ses obligations avant même l'échéance et ce, sans aucune contrainte de respecter le formalisme entourant la cession de créance.

<sup>1027</sup> Désormais, en effet, l'article L. 223-11 du Code de commerce, modifié par l'ordonnance du 25 mars 2004 autorise les SARL à émettre des obligations. Cette nouvelle possibilité leur a été offerte dans la perspective de favoriser leur financement. Il conviendrait, toute fois, de préciser que cela n'est permis qu'à certains types de SARL, c'est-à-dire remplissant certaines conditions. D'abord, il faut la SARL ait nommé un commissaire aux comptes. Ensuite, les comptes des trois derniers exercices doivent avoir été régulièrement approuvés par les associés. En outre, contrairement aux SA, les obligations émises par les SARL sont obligatoirement nominatives, sans oublier qu'interdiction leur est faite de recourir à l'appel public à l'épargne.

<sup>1028</sup> Constituent des valeurs mobilières, selon l'article L. 211-2 du Code de commerce, « *les titres émis par des personnes morales, publiques ou privées, transmissibles par inscription en compte ou tradition, qui confèrent des droits identiques par catégorie et donnent accès, directement ou indirectement, à une quotité du capital de la personne morale émettrice ou à un droit de créance général sur son patrimoine* ». Les parts de fond commun de créance sont également des valeurs mobilières.

<sup>1029</sup> V. M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, 3<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1994, p. 235, n° 450 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, ouvrage préc. p. 372.

*d'obligations*<sup>1031</sup> », ou que l'architecture<sup>1032</sup> de ce genre de financement soit éloigné de celle du prêt peut-il enlever quelque chose au fait que l'émission obligataire constitue un contrat de prêt ? Ou encore le fait qu'elle ne puisse pas être véritablement identifiée au contrat de prêt visé à l'article 1892<sup>1033</sup>, du Code civil, ou aux autres variétés de prêts que connaît la pratique bancaire<sup>1034</sup>, peut-il être de nature à lui dénier toute coloration contractuelle ? Même si nous partageons la pertinence d'une telle analyse, il demeure tout de même que l'émission obligataire reste un contrat de prêt, qui naît entre l'émetteur et les prêteurs des fonds. On ne saurait, en effet, à moins d'heurter la logique élémentaire, méconnaître la nature contractuelle de ce type de financement. D'ailleurs, rappelons que l'article L. 228-65, du Code de commerce, utilise bien l'expression de « **contrat d'emprunt** ». Il est explicitement dit en son alinéa 1<sup>er</sup> que « *l'assemblée générale délibère sur toutes mesure ayant pour objet d'assurer la défense des obligataires et l'exécution du contrat d'emprunt ainsi que sur toute proposition tendant à la modification du contrat...* ». Ainsi, même l'émission d'obligations n'est pas un contrat comme les autres, elle reste tout de même un contrat. Aussi, lorsqu'un tel contrat de financement figure à l'actif de la société absorbée ou scindée se posera, d'une manière certaine, la question de ce qui lui adviendra aux termes de l'opération de fusion ou de scission.

**632.** Le Code de commerce, dans son article L. 228-38, dispose que « *les obligations sont des titres négociables qui, dans une même émission, confèrent les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale* ». Il est dit aussi, dans ce même Code, que la « *société absorbante devient débitrice de l'ensemble des dettes de la société absorbée aux lieu et place de celle-ci.*<sup>1035</sup> ». Par voie de conséquence, les contrats obligataires de la société absorbée ou scindée devraient devenir, de plein droit, ceux de la société absorbante ou nouvelle. Toutefois, comme nous le verrons, le principe de la transmission universelle du patrimoine n'emporte pas transfert automatique de ces contrats de financement particuliers. Aussi, dans un souci d'une certaine clarté de l'analyse, nous

<sup>1030</sup> V. notamment art. L. 228-39 et s., C. com.

<sup>1031</sup> V. J. STOUFFLET, *Les emprunts obligataires et la limitation du taux de l'intérêt conventionnel* in *Mélanges AEDBF III*, 2001, p. 143.

<sup>1032</sup> V. J. STOUFFLET, art. préc. Ibidem.

<sup>1033</sup> En effet, contrairement à ce qui se passe dans le contrat de prêt proprement dit, dans le cadre de l'emprunt obligataire ce n'est pas le prêteur qui fixe les conditions de l'opération. C'est plutôt l'emprunteur qui les élabore en fonction notamment des conditions du marché des capitaux et les propose aux investisseurs. En outre, comme le révèle le Professeur J. STOUFFLET dans son article précité, il y a une absence de négociation entre l'emprunteur, c'est-à-dire la société émettrice, et le prêteur. En fait, cette négociation le plus souvent s'opère entre la société émettrice et les institutions chargées du placement.

<sup>1034</sup> Notamment l'ouverture de crédit, l'escompte et le découvert.

<sup>1035</sup> V. art. L. 236-14, C. com.

nous attacherons à examiner les seuls contrats d'émission d'obligations ordinaires. Car, concernant les « *valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance* »<sup>1036</sup>, il est désormais prévu que la fusion ou la scission de la société émettrice entraîne, de droit, la continuation de tous les contrats obligataires<sup>1037</sup>. Il y est dit qu'en cas de fusion ou scission de la société émettrice de ces titres, les titulaires de ces derniers exercent automatiquement leurs droits dans la ou les sociétés bénéficiaires. Ce qui n'était pas le cas avant le 24 juin 2004.

**633. Des obligations ordinaires-** Les obligations émises par une société sont dites ordinaires lorsqu'elles ne sont ne confèrent aux prêteurs d'autres prérogatives que le seul droit au remboursement d'un intérêt. Les obligataires ordinaires peuvent à la fois exister au sein de la société absorbée et de celle absorbante. Dans les deux cas, on constatera que la force de la règle de la continuation, résultant des fusions et des scissions, n'emporte pas continuation automatique des emprunts obligataires. Car, la loi offre à leurs titulaires un certain mécanisme de protection<sup>1038</sup> qui est de nature à contrarier le principe de la transmission automatique.

**635. Les obligataires ordinaires de la société absorbée-** Il faut savoir que lorsqu'une société émettrice d'obligations ordinaires est absorbée pour cause de fusion ou de scission, la loi<sup>1039</sup> met à la disposition des instances dirigeantes deux moyens qui, en tous les cas, ne sont favorables à la poursuite automatique des contrats obligataires. D'abord, les dirigeants de la société absorbée peuvent décider de consulter les porteurs d'obligations, et ce, en soumettant le projet de l'opération à l'assemblée générale des obligataires<sup>1040</sup>. Ensuite, il leur est loisible également de refuser la procédure de consultation, en lui préférant le remboursement anticipé des emprunts.

---

<sup>1036</sup> V. C. com., L.228-101. Cet article fait suite à l'ordonnance du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions.

<sup>1037</sup> En effet, depuis l'ordonnance du 24 juin 2004 portant réforme des valeurs mobilières, l'article L.228-65 du Code de commerce relatif à la consultation des obligataires n'est pas applicable, sauf évidemment clauses contraires du contrat d'émission.

<sup>1038</sup> V. M. CHADEFAUX, *Les fusions de sociétés*, préc., n° 257, p.110.

<sup>1039</sup> Selon l'article L. 236-13 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce, « *le projet de fusion est soumis aux assemblées d'obligataires des sociétés absorbées, à moins que le remboursement des titres sur simple demande de leur part ne soit offert auxdits obligataires...* »

<sup>1040</sup> L'assemblée est un organe de la masse. Dans l'optique d'assurer une certaine protection collective des obligataires, le législateur les a réunis au sein d'une structure appelée « masse », dotée de la personnalité morale. La « masse » est une personne morale, mais sans patrimoine. Son principal rôle est de défendre et protéger les intérêts des obligataires.

**636. Remboursement immédiat des obligations-** Lorsque la société en instance d'absorption opte pour le refus de consultation, on sait que la loi<sup>1041</sup> lui impose de proposer aux prêteurs le remboursement immédiat de leurs créances<sup>1042</sup>. Concernant l'exécution de cette obligation de remboursement, elle incombera désormais à la société absorbante ou nouvelle qui en devient la débitrice, conformément au principe de la transmission universelle du patrimoine<sup>1043</sup>. Comme on peut le constater, on assiste, non pas à une poursuite automatique de ces « contrats de prêts », mais, au contraire, à leur cessation, traduite en l'occurrence par l'obligation de remboursement anticipé<sup>1044</sup>.

**637. Hypothèse de la consultation des obligataires-** Lorsque la société émettrice décide de consulter l'assemblée des obligataires avant de se faire absorber, deux scénarii sont possibles. Il se peut que ladite assemblée approuve l'opération de fusion ou de scission. En ce cas, la décision prise par l'assemblée des obligataires s'imposera à tout le monde<sup>1045</sup>. Le deuxième scénario se révèle lorsque l'assemblée des obligataires s'oppose à l'opération de fusion ou de scission. En cette hypothèse, soit les dirigeants de la société remboursent immédiatement les obligataires, soit décident de passer outre le refus de ceux-ci<sup>1046</sup>. En prenant l'audace de passer outre le refus des obligataires, les dirigeants de la société absorbée seront, dès lors, tenus de procéder à la publication<sup>1047</sup> de leur décision soit

---

D'aucuns l'identifient à une sorte de « syndicat de copropriété ». Cette masse comporte toujours un certain intérêt même s'il est vrai que le portrait de l'obligataire a changé et qu'il est le plus souvent un investisseur institutionnel tel que les SICAV, les fonds communs de placement ou encore les compagnies d'assurances.

<sup>1041</sup> Pour les fusions, c'est l'article L. 236-13 du Code de commerce, qui impose à la société absorbée cette obligation de remboursement lorsqu'elle décide de ne pas soumettre le projet de fusion à l'assemblée des obligataires. Et en ce qui concerne les scissions, il s'agit de l'article L. 236-18 du même Code, qui dispose que « *le projet de scission est soumis aux assemblées d'obligataires de la société scindée, (...) à moins que le remboursement des titres sur simple demande de leur part ne soit offert auxdits obligataires* ».

<sup>1042</sup> Cette offre de remboursement est d'ailleurs soumise à une certaine publicité. La société absorbée, qu'elle fasse ou non publiquement appel à l'épargne est tenue, en effet, de publier l'offre de remboursement dans le bulletin des annonces légales obligatoires. Elle est tenue aussi de procéder à une publication de l'offre dans deux journaux d'annonces légales du département de son siège social, et ce, à deux reprises. Il faut préciser qu'un délai minimum de 10 jours doit être observé entre les deux insertions au JAL : V. art. 263 du Décret du 23 mars 1967. Précisons qu'en ce qui concerne les porteurs d'obligations nominatives, obligation est faite de les informer soit par lettre recommandée, soit par une simple lettre. En outre, il est important de relever que si toutes les obligations sont nominatives, les publications prévues au BALO et dans le JAL deviennent non obligatoires.

<sup>1043</sup> Voir en ce sens l'article L. 236-14 du Code de commerce.

<sup>1044</sup> Il convient de préciser que sous peine de ne pas devenir de plein droit obligataires de la société absorbante ou nouvelle, les emprunteurs sont tenus de présenter, dans un délai de trois mois, leur demande de remboursement. Ce délai court à partir du jour de la dernière formalité de publicité de l'offre ou de l'envoi des lettres aux porteurs d'obligations nominatives.

<sup>1045</sup> C'est-à-dire aussi bien aux obligataires ayant voté l'opération qu'à ceux s'y sont opposés. Bien plus, cette décision s'imposera également aux obligataires absents le jour du vote. Ce qui implique, par voie de conséquence, que les obligataires de la société absorbée deviennent de droit ceux de la société absorbante.

<sup>1046</sup> V. C. com., art. L. 228-73, anc. L. n° 66-537, art. 321-1.

<sup>1047</sup> V. art. 234 et 234-1 du décret du 23 mars 1967.



dans un journal d'annonces légales<sup>1048</sup>, soit au moyen d'une insertion au bulletin des annonces légales et obligatoires<sup>1049</sup>.

**638. Droit d'opposition au projet de fusion ou de scission-** Une fois que les représentants de la masse sont au courant de la décision prise par les dirigeants, possibilité leur est donnée de faire opposition<sup>1050</sup> à l'opération de fusion ou de scission et ce, dans un délai de trente jours à compter de la publication de cette décision de passer outre leur refus<sup>1051</sup>. L'action d'opposition doit être portée, dans un délai de trente jours, devant le tribunal de commerce du lieu de la société. Si l'opposition est jugée recevable par le tribunal au motif notamment que l'opération comporte un danger pour les prêteurs, il peut choisir d'ordonner le remboursement anticipé de l'emprunt obligataire. Il peut, en outre, lorsque la société absorbée offre de garanties jugées suffisantes, ordonner la constitution de garanties. En définitive et en tous les cas, le constat consiste en ce que les contrats d'emprunt obligataire ne sont pas automatiquement transmissibles. Car, aussi bien le remboursement anticipé que la constitution de garanties nous montrent, si besoin est, que la règle de continuation résultant des fusions et scissions n'emporte pas, de plein droit, la poursuite de ces contrats de prêts particuliers.

**639. Cas de la société absorbante-** La situation des obligataires de la société absorbante est sensiblement différente. En ce qui les concerne, il n'y a pas d'obligation de consultation qui soit à la charge des dirigeants de la société<sup>1052</sup>. On comprend bien cette mesure du législateur, puisque la société émettrice ne disparaît pas. Elle bénéficie, au contraire, d'un apport patrimonial qui lui permettra de grossir son capital social. Il n'en reste pas moins, cependant, que l'opération que présenter des risques dans certains cas aux cocontractants prêteurs. Et c'est pourquoi le législateur offre la possibilité à l'assemblée générale des obligataires de donner mandat à certains d'entre eux pour former opposition à l'opération de fusion ou de scission<sup>1053</sup>. Cette opposition est soumise au même régime que celle précédemment évoquée. C'est dire qu'ici, aussi, la poursuite du contrat d'emprunt

<sup>1048</sup> La publication se fera précisément dans le même journal d'annonces légales(J.A.L.) qui a publié le projet de fusion.

<sup>1049</sup> L'insertion au B.A.L.O. est requise lorsque la société fait appel public à l'épargne.

<sup>1050</sup> Cette opposition des représentant mandatés de la masse s'opère dans les mêmes conditions que celle des créanciers non obligataires.

<sup>1051</sup> Il faut tout de même préciser que ces représentants de la masse ne pourront former oppositions que s'ils sont munis d'un mandat exprès et *ad hoc* de l'assemblée générale.

<sup>1052</sup> Voir notamment l'article L. 236-15, du Code de commerce, qui dispose que « *le projet de fusion n'est pas soumis aux obligataires de la société absorbante* ».

<sup>1053</sup> C'est ce que dit l'article L. 236-15, précité, en disposant que « *...Toutefois, l'assemblée générale ordinaire des obligataires peut donner mandat aux représentants de la masse de former opposition à la fusion dans les conditions et sous les effets prévus aux alinéas deuxième et suivants de l'article L. 236-14* ».

obligataire n'est pas aussi automatique comme le requiert le principe de la transmission universelle du patrimoine. Car, le juge pourra ordonner à la société absorbante de procéder au remboursement de l'emprunt obligataire. Force est donc de constater, ici aussi, que malgré le principe de la transmission universelle du patrimoine, il n'y a pas continuation automatique des contrats obligataires. Ce qui constitue, dans une certaine mesure, une atténuation à la règle de la poursuite de plein droit des contrats, dans le cadre d'une fusion ou scission, remboursement qui constitue en outre une charge financière importante pour la société<sup>1054</sup>.

---

<sup>1054</sup> V. C'est la raison pour laquelle certains recommandent de procéder, avant la fusion ou la scission, à une consultation préalable des titulaires de ces titres et ce, malgré la dispense légale : V. notamment M. CHADEFaux, op. cit. p. 113 et s.

## CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE :

645. On retient, aux termes de cette deuxième partie, que malgré la force et la généralité de son expression, il demeure tout de même que la règle de la transmission universelle de patrimoine reste impuissante à emporter la continuation automatique de certains contrats. Cette impuissance peut être la conséquence soit de textes spéciaux, comme c'est le cas du droit rural, soit de techniques conventionnelles. Dans ce dernier cas, il s'agit des diverses stipulations conventionnelles expresses grâce auxquelles les parties vont pouvoir soit interdire la transmission du contrat dans le cadre spécifique des fusions et de scissions, soit soumettre celle-ci à l'obtention par la société bénéficiaire d'un certain agrément.

646. Ces obstacles, loin d'être constitutifs d'une certaine méconnaissance de la règle de la transmission universelle de patrimoine, ne sont qu'une exacte application des limitations pouvant lui être apportées, en rappelant que cette règle de transmission n'est aucunement d'ordre public. La seule chose qu'on pourrait, en effet, regretter c'est le manque d'une meilleure lisibilité des textes quant à la portée de la règle de la transmission universelle de patrimoine, particulièrement en ce qui concerne les contrats. A l'inverse du législateur français, le législateur belge a, lui, dans le processus de la transposition des troisième et sixième directives européennes, exprimé la ferme volonté de donner au principe de la transmission universelle de patrimoine, et donc à la règle de la continuation de plein droit, toute son efficacité, toute sa plénitude. Exceptions faites des limites résultant des lois coordonnées<sup>1055</sup>, la règle de transfert universel automatique résultant des fusions et scissions, n'est soumise à aucune restriction. On trouve la confirmation d'une telle volonté dans l'exposé même des motifs de la loi du 29 juin 1993 dans lesquels il est dit que « *les transferts ne sont soumis à aucune formalité, ni à aucune restriction autres que celles expressément visées par les lois coordonnées* »<sup>1056</sup>.

---

<sup>1055</sup> Il s'agit de la loi régissant les sociétés commerciales en droit belge.

<sup>1056</sup> V. Doc. parl., Ch. Repr., session Ord. 1989-1990, n° 1214/1, p. 14 cité par T. TILQUIN, op. cit., p. 281.

## CONCLUSION GENERALE

### **647. Justification de l'automaticité de la règle de la continuation des contrats-**

Au terme de cette étude, plusieurs remarques peuvent être retenues. La première consiste en ce que la règle de la continuation automatique applicable à l'ensemble des contrats en cours de la société absorbée ou fusionnée se justifie par la nature spécifique des fusions et des scissions, caractérisée par le principe de la transmission universelle du patrimoine. Le régime juridique particulier de ces opérations exclut, de plein droit et par principe, toute application de dispositions propres au transfert isolé de biens composant le patrimoine social, qu'il s'agisse de contrats ou de droits sociaux. Car les fusions et scissions, sauf à heurter les principes d'interprétation du droit privé, ne sauraient être assimilées à des cas de cession. C'est pourquoi, comme nous l'avons déjà dit, la transmission du fonds de commerce, par voie de fusion, est incompatible avec les dispositions applicables en cas de cession. Cette solution est explicitement confirmée par la loi du 11 février 1994<sup>1057</sup>, dont l'article 19 qui fait double emploi avec l'article L.236-3 du Code de commerce a modifié l'article L.141-21 alinéa 1<sup>er</sup> du même Code et qui dispose que *« sauf s'il résulte d'une opération de fusion ou de scission soumise aux dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 236-2 et des articles L.236-7 à L. 236-22, tout apport de fonds de commerce fait à une société en constitution ou déjà existante doit être porté à la connaissance des tiers dans les conditions prévues par les articles L.141-12 à L.141-18 par voie d'insertion dans les journaux d'annonces légales et au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales »*.

**648. Opposition entre droit des sociétés et droit des contrats-** La deuxième remarque fondamentale, à notre avis, qu'il conviendrait de retenir c'est l'affrontement qu'on peut déceler entre le droit des sociétés, au travers de la branche relative aux fusions et scissions, et le droit des contrats. Le droit des sociétés et le droit des contrats sont en réalité deux droits qui touchent à un domaine général. Ils sont également deux ramifications d'un même arbre, en l'occurrence l'entreprise. Tous les deux n'ont pourtant pas en vue la même composante de l'entreprise, même si, dans une certaine mesure, leurs objectifs respectifs sont à la fois proches et isolés. L'affrontement entre des deux se révèlent particulièrement dans le cadre des opérations de restructuration, notamment de fusions et de scission. En témoigne l'antagonisme entre le principe de la transmission

---

<sup>1057</sup> Il s'agit de la loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise : Voir J.O. du 3 février 1994.

universelle et le concept des contrats *intuitu personae*. Le premier, mode de transmission unique et simplifié des éléments nécessaires à la continuité de l'entreprise transférée<sup>1058</sup>, le second, plus soucieux de prémunir certains cocontractants contre des mutations dont la maîtrise leur échappe. Se pose, dès lors, une question : comment concilier ces deux concepts ? Autrement dit, est-il possible de préserver les intérêts des cocontractants, de la personne morale dissoute sans liquidation, tout en préservant la substance même de la transmission universelle ? A notre avis, au regard de la voie empruntée par la Haute juridiction, concernant les contrats conclus *intuitu personae*, la nécessité d'un audit contractuel, préalable à l'opération s'impose.

**649. La nécessité d'un audit contractuel-** L'importance du contrat pour l'entreprise est telle que la réalisation de certaines opérations de restructuration dépend, souvent largement, de l'existence de certains contrats. On peut remarquer que dans certains cas, le contrat constitue l'essence même de l'entreprise. C'est le cas en particulier de l'entreprise franchisée, concessionnaire. C'est également le cas de la distribution sélective. Dans toutes ces hypothèses, l'essence de l'activité de l'entreprise, voire de l'entreprise elle-même, provient d'un contrat, en l'occurrence le contrat de franchise, de concession ou de distribution. On en conviendra, la remise en cause de ces contrats sera de nature à empêcher toute faisabilité d'une quelconque opération sociétaire. Par exemple, une opération de cession de contrôle est susceptible d'être annulée lorsque le cédant a caché au cessionnaire la résiliation du contrat de distribution sélective qui liait la société cédée à une autre société, spécialisée dans la parfumerie<sup>1059</sup>. Une telle perturbation est possible dans le cadre des fusions et des scissions.

**650. L'audit contractuel-** Supports de l'activité de la société absorbée ou scindée, les contrats exigent, à notre avis, en l'état actuel de la jurisprudence, un examen approfondi, c'est-à-dire un « état des lieux ». Car, ce sont ces contrats qui vont donner leur véritable sens à la continuité d'activité qui accompagnera dans la plupart des cas l'opération de fusion ou de scission. Aussi, les sociétés participantes ne devront-elles se prononcer sur la poursuite de l'opération de restructuration qu'après un audit effectué par un spécialiste. Ce rapport peut même, dans certains cas, constituer un élément déterminant pour emporter certaines réticences, notamment pour convaincre, par exemple, un

---

<sup>1058</sup> V. M.-L. COQUELET, th. Préc., p. 6.

<sup>1059</sup> Voir en ce sens C. PRIETO, art. préc., p. 82.

établissement financier ou bancaire, voire une société de caution mutuelle de financer ou de participer au financement de l'opération. Ce principe de précaution qui peut, *a priori*, paraître comme une charge pour les sociétés participantes va, au final, se révéler d'une importance capitale particulièrement au plan de la sécurité juridique pour la réalisation de l'opération de fusion ou de scission.

**651. Conséquences de la rupture du contrat sur la fusion ou scission-** En effet, la rupture d'un contrat précieux de la société absorbée, sous prétexte qu'il est conclu *intuitu personae*, peut être de nature à fortement perturber la viabilité de l'opération de fusion alors même que cette opération pourrait se révéler très bénéfique tant pour l'activité économique que pour l'emploi. Par ailleurs, les conséquences de cette rupture du contrat seront d'autant plus dommageables pour les sociétés participantes qu'elles auraient auparavant procédé à d'énormes investissements financiers, investissements qui ne pourront être rentabilisés et qui risqueraient d'influer de manière négative sur leur avenir. C'est dire que souvent la réussite de nombre d'opérations de restructuration dépendra largement de la continuation des contrats des sociétés mises en cause. C'est pourquoi, nous pensons qu'il est, dans l'état actuel de la jurisprudence, il est particulièrement recommandé pour les parties, et ce, dans l'attente d'une clarification législative plus conforme à l'esprit et à la lettre du droit des fusions, de procéder à un audit contractuel. Le recours à un tel audit sera d'autant plus nécessaire que cela permettra de recenser tous les contrats susceptibles d'interprétation douteuse quant à leur nature<sup>1060</sup>.

**652. Recours à la fusion à l'envers-** Pour empêcher tout éventuel refus de continuation du contrat, un autre moyen peut consister à changer le sens de la fusion. Il n'est pas inutile de rappeler que les sociétés participantes pour contourner un obstacle, qu'il soit juridique ou contractuel, peuvent, le cas échéant, changer le sens de la fusion. Si, par exemple, la société absorbée est titulaire d'un bien qui est intransmissible, même par voie de fusion, les parties à l'opération peuvent convenir d'inverser le sens de la fusion. De ce fait, au lieu qu'elle devienne la société qui va être absorbée, c'est elle qui absorbera l'autre société. On peut notamment imaginer qu'une société soit titulaire soit d'un contrat non transmissible par voie de fusion ou de scission, du fait d'une stipulation explicite. Pour contourner un tel obstacle, il reviendra tout simplement aux participants à l'opération de restructuration de modifier le sens de celle-ci. Ce qui va les amener à faire en sorte que la

---

<sup>1060</sup> V. C. PRIETO, art. préc., p. 82; MOUSSERON F., L'audit contractuel : JCP éd. E, 1985, I, 14 710.

société titulaire dudit contrat devienne la société absorbante, même si elle se révèle être économiquement moins importante que l'autre société qui va être, par lui absorbée.

Rappelons qu'une telle solution n'est pas impossible. Il n'y a rien d'illicite en cela. Car, contrairement à la culotte du bon roi Dagobert<sup>1061</sup>, il n'y a pas en droit des fusion, un sens qui soit légalement prescrit. Une société, quelle que soit sa puissance économique, peut en absorber une autre.

---

<sup>1061</sup> V. M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 16<sup>e</sup> éd., Litec, 2002, p. 534, n° 1752.

## INDEX

### A

Absorption 11, 12, 13, 14, 70, 163, 175, 186, 229, 231, 241, 252, 259, 261, 279, 307, 325, 331, 333, 359, 371, 375, 376, 388  
 Accord d'intéressement 238, 239, 240, 241  
 Accord de négociation 133  
 Accord de participation 210, 236, 237, 239, 240  
 Accords collectifs 210, 228, 229, 231, 232, 234, 388  
 Actif 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 32, 34, 36, 37, 63, 68, 69, 70, 72, 73, 74, 76, 78, 79, 88, 90, 91, 92, 93, 95, 98, 105, 106, 116, 122, 141, 144, 162, 165, 167, 172, 174, 186, 188, 213, 216, 218, 227, 239, 244, 250, 255, 259, 265, 279, 285, 292, 293, 297, 325, 331, 332, 333, 335, 348, 353, 370  
 Actionnaire 14, 15, 16, 24, 74, 149, 173, 175, 283, 285, 306, 307, 312, 321, 322, 323, 362, 364, 366, 374  
 Actions (titres) 6, 15, 49, 95, 109, 110, 150, 167, 212, 282, 289, 297, 302, 303, 306, 307, 309, 310, 311, 313, 314, 315, 321, 326, 361, 362, 369, 370, 374, 375, 376, 391  
 Agrément 73, 106, 148, 185, 275, 289, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 312, 313, 314, 315, 321, 322, 335, 346, 352, 353, 356, 358, 377, 387, 390  
 Assemblées 371  
 Associé 12, 13, 16, 34, 62, 64, 68, 82, 160, 167, 198, 201, 259, 270, 282, 283, 284, 285, 286, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 307, 308, 312, 315, 322, 331, 362, 364, 366, 369, 390

### B

Bail commercial 73, 272, 290, 335, 346, 348, 351, 352  
 Biens 4, 15, 20, 32, 61, 62, 63, 65, 66, 69, 70, 72, 73, 74, 75, 77, 78, 84, 87, 88, 89, 90, 92, 93, 94, 99, 103, 109, 121, 138, 144, 149, 156, 167, 168, 171, 188, 200, 202, 203, 235, 255, 290, 291, 293, 302, 309, 310, 311, 314, 335, 336, 340, 351, 378  
 Branche d'activité 15, 32, 35, 37, 38, 228  
 Brevet 11, 12, 20, 149, 291, 336

### C

Capital 15, 16, 98, 125, 138, 144, 175, 269, 270, 282, 283, 322, 352, 364, 369, 373, 374  
 Cause 13, 15, 24, 29, 30, 31, 32, 45, 52, 55, 57, 63, 64, 67, 68, 69, 70, 71, 74, 77, 80, 82, 83, 84, 85, 87, 92, 93, 106, 109, 112, 113, 116, 118, 119, 122, 127, 130, 146, 150, 152, 153, 154, 156, 165, 171, 172, 174, 176, 177, 178, 179, 180, 185, 189, 191, 195, 203, 206, 211, 215, 221, 224, 225, 226, 227, 229, 230, 232, 235, 242, 255, 258, 260, 263, 264, 266, 267, 268, 269, 271, 279, 280, 282, 285, 286, 290, 294, 295, 298, 300, 301, 303, 304, 305, 309, 317, 318, 319, 325, 326, 334, 336, 339, 347, 355, 356, 364, 371, 379, 380, 390  
 Cautionnement 19, 37, 138, 208, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 278, 389

Certificats d'investissement 5  
 Cession 10, 11, 20, 21, 24, 73, 74, 84, 85, 100, 101, 106, 144, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 157, 163, 179, 182, 189, 198, 203, 206, 212, 213, 219, 225, 239, 250, 257, 260, 273, 285, 290, 295, 296, 299, 300, 301, 302, 303, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 314, 322, 323, 325, 332, 333, 335, 336, 346, 348, 349, 355, 358, 359, 369, 378, 379, 387  
 Clause d'agrément 297, 298, 300, 307, 310, 311, 312, 314  
 Comité d'entreprise 149, 238, 241  
 Compte courant bancaire 275, 276, 278, 283, 389  
 Compte courant d'associé 275, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 389  
 Concentration 9, 10, 12, 13, 16, 18, 21, 24, 51, 95, 103, 144, 149, 173, 204, 285, 288, 298, 325, 326, 327, 329, 330, 332, 333  
 Concurrence 5, 6, 46, 51, 59, 74, 92, 95, 99, 165, 199, 204, 221, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 357  
 Contrat 5, 37, 42, 104, 150, 177, 188, 197, 199, 205, 332, 351  
 Contrat de travail 106, 111, 112, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 388  
 Contrat de vente 115, 121  
 Contrôle 9, 10, 15, 24, 149, 157, 174, 205, 209, 226, 234, 241, 284, 296, 301, 320, 322, 323, 325, 326, 329, 332, 333, 338, 353, 358, 365, 379  
 Convention collective 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 388  
 Créance 21, 33, 38, 69, 73, 79, 97, 109, 151, 171, 179, 182, 206, 244, 246, 247, 250, 251, 254, 255, 257, 258, 261, 262, 263, 270, 272, 273, 276, 277, 286, 287, 290, 310, 311, 335, 369, 370, 371, 374

### D

Dette 54, 91, 244, 258, 263, 374  
 Directive 14, 71, 164, 165, 166, 168, 170, 210, 213, 214, 215, 221, 224  
 Directoire 283, 362  
 Dissolution dans liquidation 13, 16, 17, 18, 24, 30, 68, 70, 71, 106, 142, 143, 144, 172, 179, 183, 186, 289, 299, 301, 303, 304, 305, 340, 347, 390  
 Droit d'opposition 38, 223, 224, 310, 388

### F

Filiale 9, 15, 91, 137, 138, 174, 262, 270, 322, 358, 364  
 Fonds de commerce 21, 74, 151, 172, 179, 198, 212, 290, 305, 336, 378  
 Fusion 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 46, 47, 49, 50, 51, 52, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 92, 93, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 127, 130, 133, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 151, 152, 154, 155, 156, 157, 160, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170,



171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 192, 194, 196, 203, 204, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 235, 236, 238, 239, 240, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 266, 267, 268, 269, 270, 272, 273, 274, 275, 278, 279, 280, 282, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 348, 349, 350, 351, 353, 355, 356, 358, 359, 360, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391

Fusion  
absorption 14

Fusion par création société nouvelle 12, 13, 14, 364

Fusion-absorption 11, 12, 14, 17, 20, 143, 144, 175, 231, 247, 248, 255, 257, 262, 270, 298, 331, 342, 344, 364

## G

Garantie 9, 30, 39, 112, 171, 228, 230, 242, 243, 246, 248, 249, 250, 255, 259, 260, 263, 265, 267, 268, 269, 271, 316, 317, 333, 339, 373, 375

Groupements d'intérêt économique (G.I.E) 304

Groupements de personnes 304

## H

Holding 91, 173, 174, 270

## I

Infraction 141

Intérêts 21, 32, 35, 38, 53, 79, 97, 122, 126, 141, 145, 146, 178, 182, 205, 218, 242, 262, 263, 267, 270, 282, 288, 301, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 328, 338, 357, 366, 371, 374, 379

## L

Lettre d'intention 137

Licenciement 97, 211, 222, 225, 226

Liquidation 12, 14, 17, 19, 20, 21, 24, 26, 28, 29, 30, 63, 64, 70, 71, 72, 74, 75, 82, 83, 84, 85, 92, 96, 97, 100, 103, 106, 127, 145, 146, 147, 160, 166, 172, 176, 179, 181, 182, 183, 184, 188, 189, 190, 201, 202, 205, 206, 217, 227, 239, 245, 250, 258, 259, 260, 279, 284, 286, 289, 292, 297, 298, 302, 303, 304, 305, 314, 331, 354, 355, 360, 379, 385, 388

## M

Marché 8, 9, 11, 12, 38, 49, 204, 320, 325, 327, 328, 329, 330, 355, 357, 370

Marques 20, 66, 149, 291, 336

## N

Négociations 128, 129, 130, 132, 298, 358, 364, 367

## O

Obligataire 20, 32, 37, 38, 171, 191, 206, 228, 250, 256, 294, 335, 359, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 391

Obligation ordinaire 371, 376

Obligations 19, 30, 31, 32, 42, 43, 56, 57, 58, 61, 62, 63, 69, 72, 74, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 84, 89, 90, 92, 93, 94, 107, 109, 110, 112, 113, 114, 115, 117, 119, 120, 121, 122, 125, 130, 131, 132, 134, 136, 137, 138, 140, 141, 150, 152, 155, 156, 157, 165, 168, 176, 189, 190, 196, 197, 199, 202, 203, 205, 207, 219, 221, 222, 227, 229, 235, 237, 246, 248, 250, 252, 253, 260, 261, 264, 265, 267, 279, 281, 283, 286, 288, 290, 294, 297, 304, 317, 318, 319, 335, 336, 348, 351, 362, 369, 370, 371, 372, 374, 375, 376, 391

Obligations convertibles 374, 375, 376, 391

Obligations échangeable 375, 376, 391

Opération de restructuration 13, 64, 208, 209, 225, 239, 243, 268, 273, 320, 337, 358, 367, 378, 379, 380

Organes de direction 298

## P

Participation 15, 174, 236, 237, 238, 239, 240, 242, 243, 282, 316, 367, 388, 389

Passif 14, 19, 21, 32, 36, 37, 68, 69, 70, 72, 73, 74, 76, 77, 78, 79, 88, 90, 93, 95, 97, 105, 144, 165, 182, 186, 227, 228, 244, 250, 255, 258, 265, 279, 293, 336

Patrimoines 14, 78, 79, 88, 90, 93, 103, 256

Prise de participations 24

Procédure d'agrément 306

Projet de fusion 149, 311, 371, 372, 373, 376

Projet de scission 34, 36, 38, 371

Propriété industrielle 336

Publicité 335

## Q

Qualité d'actionnaire 321

## R

Rapprochement 84, 364

Restructuration 8, 9, 10, 13, 16, 17, 164, 170, 194, 200, 204, 209, 262, 264, 266, 269, 285, 301, 324, 325, 334, 358, 366, 379, 381, 389

## S

Salarié 74, 93, 97, 208, 212, 216, 217, 218, 221, 225, 226, 227, 228, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 240, 241, 242, 243

Scissions 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 24, 26, 28, 29, 30, 31, 37, 40, 42, 47, 50, 51, 56, 58, 59, 60, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 75, 81, 82, 83, 86, 88, 92, 96, 98, 99, 100, 102, 107, 108, 109, 110, 111, 114, 118, 119, 120, 121, 123, 127, 130, 138, 139, 142, 144, 147, 148, 149, 151, 152, 155, 157,

160, 162, 164, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 173,  
 174, 175, 176, 177, 179, 180, 181, 182, 183, 185,  
 186, 187, 189, 192, 203, 204, 206, 207, 209, 219,  
 224, 229, 236, 239, 243, 244, 248, 252, 253, 254,  
 256, 257, 260, 266, 268, 279, 288, 290, 291, 293,  
 294, 295, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 305, 306,  
 308, 309, 310, 312, 313, 318, 320, 321, 322, 323,  
 325, 335, 336, 337, 340, 341, 343, 344, 346, 347,  
 348, 349, 350, 351, 353, 355, 356, 358, 359, 363,  
 366, 368, 371, 373, 375, 377, 378, 379, 385, 386,  
 387, 388, 389, 390, 391  
 Sens de la fusion 175, 380  
 Société à responsabilité limitée (SARL) 12, 304, 308,  
 369  
 Société absorbante 35, 37  
 Société absorbée 13, 19, 168, 174, 208, 232, 234, 279,  
 360, 368, 371, 388, 391  
 Société anonyme (S.A.) 12, 64, 167, 361, 365, 366, 368  
 Société bénéficiaire des apports 16, 32, 140, 228  
 Société de personnes 299, 331  
 Société en nom collectif 303, 305, 361  
 Société étrangère 13  
 Sociétés civiles 303  
 Sociétés nouvelles 12, 13, 16, 19, 32, 33, 64, 71, 172,  
 229, 230, 245, 325, 385

## T

Taille 11  
 Titre 9, 13, 14, 15, 16, 19, 24, 25, 26, 29, 31, 32, 40, 47,  
 49, 52, 68, 69, 71, 73, 76, 79, 80, 82, 84, 85, 91, 95,  
 102, 103, 107, 110, 112, 117, 127, 129, 130, 137,  
 140, 141, 146, 149, 150, 152, 153, 156, 157, 160,  
 164, 168, 172, 177, 183, 185, 189, 197, 202, 203,  
 221, 224, 225, 226, 237, 250, 251, 254, 255, 261,  
 271, 276, 279, 282, 285, 288, 290, 295, 296, 297,  
 300, 301, 302, 303, 304, 306, 308, 309, 310, 311,  
 312, 314, 321, 322, 326, 327, 330, 333, 336, 338,  
 347, 349, 355, 356, 360, 364, 369, 370, 371, 374,  
 375, 376  
 Traité de fusion 19, 72, 171, 267, 336  
 Traité de scission 34, 35, 38  
 Transfert de titres 289, 298, 302, 307, 308, 313, 314  
 Transmission de titres 73, 308

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **I. TRAITES ET OUVRAGES GENERAUX**

**ANCEL Marie-Élodie,**

- *La prestation caractéristique du contrat*, Paris, Economica, 2002.

**ANTONMATTEI P.-H.,**

- *Les conventions et accords collectifs de travail*, Dalloz, 1996.

**AUDRERIE (D.),**

- *La Notion et la Protection du Patrimoine*, Coll. Q.S.J, P.U.F, 1997.

**AYNÈS (L.),**

- *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984.

- *Le Cautionnement*, 2è éd. 1997, Dalloz

**BANDEAU G.,**

- *Protocoles et traités de fusion*, Litec, 1968.

**BATIFFOL,**

- *Traité élémentaire de droit international privé*, 3è éd., Paris, 1959.

**BATIFFOL H. et LAGARDE P.,**

*Droit international privé*, T. 1, 8è éd., L.G.D.J., 1993, n° 284 et s.

**BÉNABENT Alain,**

- *Droit civil, Les obligations*, 9è éd., Montchrestien, 2003.

**BERTREL J.-P. et JEANTIN M.,**

- *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales : aspects juridiques de l'ingénierie financière*, Paris, Litec, 1989, 24 cm.
- *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Litec : Institut européen de droit bancaire et de bourse, 1991, 24 cm.

**BUSSY Jack,**

- *Droit des affaires*, éd. Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004.

**CASSAN H.,**

- *Contrats internationaux et pays en développement*, Economica, 1989.

**CATALA (N.),**

- *L'Entreprise*, Dalloz, 1980.

**CERLES Alain,**

- *Le cautionnement et la banque*, éd. Revue Banque, 2004.

**CHADEFAUX M.,**

- *Les fusions de sociétés, régime juridique et fiscal*, éd. Groupe Revue Fiduciaire, 2005.

**COZIAN et VIANDIER,**

- *Droit des Sociétés*, Litec 1990.

**DECOCQ A. et G.,**

- *Droit européen des affaires*, L.G.D.J., 2003.

**DIDIER P.,**

- *Les sociétés commerciales*, PUF, 1991.

**ETTIJANI (M.),**

- *La prise de contrôle d'une société par voie de cession d'actions*, Masson, 1992.

**FERRIER D.,**

- *Le droit de la distribution*, 3<sup>e</sup> éd. Litec, 2002.

**FIN-LANGER Laurence,**

- *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002.

**FLEURIET (M.),**

- *Pouvoir et Finance d'Entreprise*, Dalloz, 1977.

**FLOUR J., AUBERT J.-L., FLOUR Y. et SAVAUX E.,**

- *Droit civil, Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Armand Colin, 2001.

**GASTINEAU (P.),**

- *Le régime fiscal des fusions de sociétés et opérations assimilées*, 1980.

**GAVALDA Ch. et STOUFFLET J.,**

- *Droit bancaire, Institutions-comptes, Opérations-services*, 5<sup>e</sup> éd., Litec, 2002.

**GAZIN (H.),**

- *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*.

**GHESTIN J., JAMIN Ch. et BILLIAU M.,**

- *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 2001.

**GHOZI A.,**

- *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, L.G.D.J., 1980.

**GOLDMAN B.,**

- *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, Economica, 1985.

**GOUTAL (J.-L.),**

- *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, L.G.D.J., 1981

**GRAVILLOU J.-A.,**

- *L'incessibilité du bail rural*, L'Harmattan, 2003.

**GUYON Y.,**

- *Traité des contrats, Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 2002, 5<sup>e</sup> éd.

- *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, LGDJ, 11<sup>e</sup> éd., 2001.

**HAUSER J.,**

- *Les Contrats*, Coll. Que Sais-je ? 3<sup>e</sup> éd. 1992, P.U.F.

**HUET J.,**

- *Les principaux contrats, Traité de droit civil*, 2<sup>e</sup> éd. L.G.D.J., 2001.

**JEANTIN M.,**

- *Droit des sociétés*, Précis Domat-Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 1992.

**LE CANNU P.,**

- *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2002.

**LEFEVRE P.,**

- *Les holdings, guide juridique et fiscal*, Paris, 1991.

**LE FLOCH (J.-P.),**

- *Le fonds de commerce*, Bibliog. Dr. Priv. , L.G.D.J., 1986.

**MALAURIE Ph. et AYNÈS L.,**

- *Obligations, 2, Contrats et quasi contrats*, éd. Cujas, 2001.

- *Droit Civil, Les Obligations*, 8<sup>e</sup> éd., 1998, Cujas.

**MALAURIE-VIGNAL Marie,**

- *Droit de la concurrence*, 2<sup>e</sup> éd. Armand Colin, 2003.

**MARTIN D.,**

- *Le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, Loi du 25 janvier 1985, Décret du 27 décembre 1985, éd. LA REVUE BANQUE, Paris, 1986.*

**MATTOUT Jean-Pierre,**

- *Droit bancaire international*, 2è éd., Banque, 1994.

**MAUBRU B.,**

- *Les restrictions au libre choix du bénéficiaire du transfert de droits sociaux*, Dr. & patr. n° 53-octobre 1997, p. 50.

**MAZEAUD (H. et L.), MAZEAU (J.) et CHABAS (F.),**

- *Leçons de Droit Ccivil, Introduction à l'étude du droit*, 11è éd. 1996, Montchrestien.

**MEMENTO F. LEFEBVRE,**

- *Epargne salariée*, 2004.

**MERCADAL et JANIN,**

- *Sociétés commerciales*, Mémento Pratique F. Lefebvre, 2005.

**MERLE P.,**

- *Droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz, 1992.

- *Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 8è éd., 2001.

**MESTRE J. et VELARDOCCHIO,**

- *Lamy sociétés commerciales*, 2003.

**MONSERIÉ M.H.,**

- *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Litec, 1994.

**MONTANIER J.-C.,**

- *Le Contrat*, P.U.F De Grenoble, 1992.

**MOULY (Ch.),**

- *Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec 1979.

**NOBLOT Cyril,**

- *La qualité du contractant comme critère légal de protection, Essai de méthodologie législative*, LGDJ, 2002.

**PIEDELIEVRE Stéphane,**

- *Les sûretés*, A. Colin, 4è éd., 2004.

**RAMONET I.,**

- *La Tyrannie de la communication*, Galilée, 1999.

**RIPERT et ROBLOT,**

- *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 18è éd., L.G.D.J, 2002

**ROBE (J-Ph.),**

- *L'entreprise et le droit*, Coll. Q-S-J, P.U.F, 1999.

**SAINTOURENS B.,**

- *La flexibilité du droit des sociétés* : RTD com. 1987, p. 457.

**SANDRETTO R.,**

- *Le commerce international*, Paris, 1995, p. 8.

**STARCK B., ROLAND H. et BOYER L.,**

- *Droit civil, Les obligations*, 2, *Contrat*, 6è éd., Litec, 1998.



**TEYSSIE (B.),**

- *Les groupes de contrats*, L.G.D.J, 1975.

**TILQUIN T.,**

- *Traité des fusions et scissions*, Kluwer éditions juridiques, Belgique, 1993.

**URBAIN-PARLÉANI I.,**

- *Les comptes courants d'associés*, L.G.D.J, 1986.

**VILAR,**

- *La cession de contrat en droit français* ; thèse Montpellier, 1968.

**XAVIER-LICARI F.,**

- *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Litec, 2002.

## **II. OUVRAGES SPECIAUX, THESES ET MELANGES**

**ASTEGIANO-LA RIZZA Axelle,**

- *L'assurance et les tiers, variations sur le thème de la complexité des relations contractuelles*, éd. Defrénois, 2004.

**BARTHEZ Anne-Sophie,**

- *La transmission universelle des obligations, Etude comparée en droit des successions et en droit des sociétés*, thèse Paris I, 2000.

**BENOÎT Elichabe,**

- *Fusions et acquisitions dans l'industrie pharmaceutique*, thèse Montpellier I, 2000.

**BERTHELOT Nathalie,**

- *Fusions-acquisitions : l'indispensable gestion des hommes ?*, Paris I, 2002.

**BERTRAND F.,**

- *L'opposabilité du contrat aux tiers*, thèse dactylo. Paris II, 1978.

**BUFFELAN-LANORE.,**

- *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit commercial*, thèse Montpellier, 1963.

**CAZELLES,**

- *De l'idée de continuation de la personne comme principe de la transmission universelle*, thèse Paris, 1995.

**CHATAING J.-M.,**

- *L'apport partiel d'actif soumis au régime des fusions-scissions ou l'ambiguïté du renvoi contenu dans l'article 387 de la loi du 24 juillet 1966*, thèse Paris II, 1994.

**CHVIKA E.,**

- *Les clauses limitant la libre disposition des actions*, thèse, Paris II, 1999.

**CLAUX J.-P ,**

- *Le principe de la continuation de la personne du défunt*, thèse Paris, 1969.

**COHET F.,**

*Patrimoine et entreprise*, thèse Grenoble, 1993.

**CONTAMINE-RAYNAUD M.,**

- *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse Paris II, Ronéot, 1974.

**COQUELET M.L.,**

- *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, thèse Nanterre, 1994.

**DELMOS St-Hilaire Ph.,**

- *Le tiers à l'acte juridique*, thèse Bordeaux IV, L.G.D.J., 2000.

**DERRIDA F., GODE P. et SORTAIS J.-P.,**

- *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, 3<sup>è</sup> éd., 1991

- *La pratique des restructurations, Fusions, Scissions, Apports partiels d'actif, opérations internationales*, EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, 2001.

**DESIDERI J.-P.,**

- *La préférence Dans les Relations Contractuelles*, thèse Aix Marseille, P.U. D'Aix Marseille, 1997.

**DESPAX M.,**

- *L'Entreprise et le droit*, thèse Paris, 1956, L.G.D.J, 1957.

**DOYEN F.,**

- *Les fusions et acquisitions : les aspects financiers*, Paris II, 1990.

**DUMONTET M.-A.,**

- *Les échecs des fusions-acquisitions : mesures et déterminants*, thèse Paris I, 2001.

**DURAND-AUZIONI R.,**

- *Les fusions de sociétés d'assurances*, 1933.

**DUTOURNIER E.,**

- *Les fusions rapides*, thèse, 1994.

**EL GAMMAL.,**

- *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, Paris, 1967.

**FLATTET G.,**

- *Les contrats pour autrui*, Paris, 1950.

**FLOUR Y.,**

- *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse dactylo., Paris II, 1978.

**GARRON F.,**

- *La Caducité du contrat*, thèse Aix-Marseille, P.U. D'Aix Marseille, 2000.

**GAZINI M.,**

- *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse, Dijon, 1911.

**GOLDMAN (B.), LYON-CAEN (A.), VOGEL (L.),**

- *Droit commercial européen*, Précis Dalloz, 1994.

**GUINCHARD V.S.,**

- *Essai d'une théorie générale de l'affectation des biens en droit privé français*, thèse, Lyon, 1974.

**GUYON Y.,**

- *Traité des contrats, les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5è éd., L.G.D.J., 2002.

- *Droit des affaires*, t. I, 9è éd., Economica, 2001.

**HOUIN R. et BOULOC B.,**

- *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, Sirey, 1976.

**JACQUET J.-M.,**

- *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Paris, 1983.

**JACQUET J.-M. et DELEBECQUE Ph.,**

- *Droit du commerce international*, 2è éd., Dalloz, 1999.

**JALLU,**

- *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, thèse, Paris, 1902.

**JEULAND E. ,**

- Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation, thèse, Rennes, 1996, L.G.D.J.

**JOUFFIN Emmanuel,**

- *Le Sort Des Contrats En Cours Dans les Entreprises Soumises à une Procédure Collective*, L.G.D.J, 1998.

**KARM Anne,**

- *L'entreprise conjugale*, thèse, Paris II, 2004.

**KREISBERGER Noémie,**

- *Les fusions et acquisitions : les entreprises doivent-elles survivre ?*, Paris I, 2000.

**LAGRANGE Florence,**

- *Nature juridique des fusions de sociétés*, thèse, Paris II, 1999

**LAPP Ch.,**

- *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, thèse, Strasbourg, 1950.

**LEDOUBLE D.,**

- *L'entreprise et le contrat*, Bibliog. de droit de l'entreprise, 1980.

**MAIRA-LAMAS O.,**

- *La cession de contrat en droit comparé*, thèse, Paris, 1960.

**MASQUEFA Ch.,**

- *La Restructuration*, thèse, Paris 2000, L.G.D.J.

**MIEILLE BACACHE G.,**

- *La Relativité des Conventions Et Les Groupes De Contrats*, thèse, Paris 1996, L.G.D.J.

**PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.) et PEYRAMAURE (Ph.),**

- *La cession d'Entreprise*, Dalloz, 2è éd. 1989.

**PLASTARA,**

- *La notion juridique du patrimoine*, thèse, Paris, 1903.

**RAFFRAY Th.,**

- *Les substitutions de contractants au cours de l'exécution du contrat*, thèse dactylog., Montpellier, 1977.

**RAIMON M.,**

- *Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé, Étude des nationalisations, des faillites et des successions internationales*, Paris, L.G.D.J., 2002.

**ROSSY,**

- *Des cessions de portefeuille d'assurance et des réassurances générales*, Paris, 1898.

**ROUSSEL GALLE Ph.,**

- *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaire*, thèse Dijon 1997.

**SAVAJOLS Ph.,**

- *Les fusions-acquisitions*, thèse Limoges, 1991.

**SCHMIDT D. et WITZ CL.,**

- « *Les opérations fiduciaires en droit français* » in *Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg, éd. Feduci L.G.D.J., 1985.

**SERVA S.,**

- *La création de valeur lors des fusions-acquisitions*, Paris I, 2002.

**SIMMLER Ph. et SAINT-ALARY-HOUIN ,**

- *Le Cautionnement*, Litec 1982.

**SOUSI G.,**

- *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, thèse, Lyon II, 1974.

**SUSY Vong,**

- *Pourquoi une telle euphorie de fusion-acquisition malgré un grand nombre d'échecs ?*, Paris I, 2001.

**TROCMEE Sylvain,**

- *Maîtriser les conséquences sociales des fusions-acquisitions*, Paris I, 1997.

**VALLEUR F.,**

- *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse, 1959.

**VILAR Ch.,**

- *La cession de contrat en droit français*, thèse dactylog. Montpellier, 1968.

**WAREMBOURG-AUQUE F.,**

- *La succession aux biens d'une personne morale en droit privé*, thèse dactylog., Lille, 1977.

**WEILL A.,**

- *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, Strasbourg, 1938.

- **Mélanges AEDBF III**, Revue Banque, 2001.

- **Mélanges en l'honneur de Christian GAVALDA**, *Propos impertinents de droit des affaires*, Dalloz, 2001.

- **Mélanges en l'honneur de Michel VASSEUR**, Banque, 2000.

- **Mélanges en l'honneur de Yves GUYON**, *Aspects actuels du droit*, Dalloz, 2003

**Etudes offertes à Jacques GHESTIN**, *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, L.G.D.J., 2001.

### **III. ARTICLES, CHRONIQUES, NOTES DE JURISPRUDENCE ET MONOGRAPHIES**

**ALBOUY M.,**

- « *A qui profitent les fusions-acquisitions ?* », Rev. fr. de gestion, novembre-décembre 2000.

**ALIBERT,**

- *L'intuitus personae dans la concession de service public : un principe en mutation ?*, Rev. Adm., 1990, p.507.

**ATIAS Ch.,**



- *Mise en location-gérance et autres mutations du cabinet de syndic*, IR, Copr. 1996, p. 25.

**AUBERT F.,**

- « *Les finalités des procédures collectives* », in Dialogues avec M. JEANTIN, p. 367.

**AUBERT J.-L.,**

- *A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers* : RTD civ. 1993, p. 263.

**AYNES L.,**

- *Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé*, D.1998, chron., p.25.

**BARRERE A.,**

- Allocution introd. Colloques de Paris, 26-28 oct. 1967( Fusion, coopération, Concentration d'entreprises) : Rev. du Marché commun, 1968, n°1.

**BARBIERI J.-F.,**

- *Note ss Cass. crim., 2 avril 2003: Bull. Joly 2003, n° 194, p. 929.*

- Les apports e la loi Madelin au droit des sociétés : les P. A. n° 74 du 22 juin 1994, p. 9-12.

-

**BARRET M.O.,**

- « *La cession de contrat* »,Rapport général au 3è Congrès de droit comparé, 1950, R.I.D.C 1951, p. 217 et s.

- *De la « transmission universelle de patrimoine d'une société »*, in Prospectives Du Droit Economique : Dialogues avec Michel JEANTIN.

**BASTIN D.,**

- *Histoire des sociétés, Du droit romain à la révolution*, J.-Cl. Sociétés, fasc.1, 1951.

- *Histoire des sociétés, De la codification napoléonienne à 1934*, J.-Cl. Sociétés, fasc.2, 1952.

- *La réforme du droit des sociétés*, J.C.P 1967, I, 2121.
- *Les fusions et les scissions de sociétés*, J.-Cl. Sociétés, fasc. 164-2 et s.

**BATIFFOL H.,**

- *La crise du contrat et sa portée*, Arch. Phil. du Droit 1968, p.13.

**BECQUET J.-M.,**

- *La décision du juge de la procédure collective concernant la rupture des contrats de travail*, Rev. proc. Coll., n° 5, décembre 2001, p. 237.

**BERLIOZ G.,**

- *Droit de la consommation et droit des contrats*, J.C.P 1979, I, 2954.
- *Le droit des contrats face à l'évolution économique*, Etudes HOUIN.

**BERTAUX,**

- *Peut-on concevoir la fusion d'un G.I.E et d'une société coopérative ?*: Gaz. Pal. 1976, 2, doct. 703.

**BERTREL J.-P.,**

- *Les recours offerts par la loi à un « cessionnaire déçu »*, Dr. et Patr. avril 1993 , p.53.

**BERTREL J.-P. et JEANTIN M.,**

- *Quelques aspects pratiques des fusions*, R.J.D.A 3 / 91, p.171.

**BÉZARD M.P.,**

- *La commission des opérations de bourse(C.O.B) et le droit des sociétés*, Rev. jurisp. com., mars 1982, n°3, p.41 et n°4, avril 1982, p. 81.

**BIASCA,**

- *Fusions et scissions de sociétés et droits des tiers* : Gaz. Pal. 1969, 1, doct. 86.

**BOIZARD M.,**

- Note ss Cass. com., 30 mai 2000, D. 2000, p. 320

**BOLZE,**

- Encycl. Dalloz Soc., V° Fusion et scission.

**BONNEAU Th.,**

- Note sous Cass. Com., 4 fév. 1992, Dr. des Sociétés 1992, p.4.
- Obs. ss Besançon, 11 févr. 1993 : Dr. Soc. Juill. 1993, n° 317.
- Note ss Cass. com., 20 février 2001, Dr. soc. 2001, n° 91.
- Note ss Cass. 3è civ., 16 février 2000, J.C.P. éd. E. 2000, p. 1386.

**BOUÈRE J.-P.,**

- « *Fusions et scissions-Le problème des résultats intercalaires* », JCP éd. E, 1992.I.163.
- « *Fusions et scissions-Encore les pertes intercalaires ?* », JCP éd. E, 1993.I.258.

**BOUÈRE et LE CANNU P.,**

- *La loi Madelin du 11 Février 1994 et le droit des sociétés*, Bull. Joly 1994, chron. n° 61, p.237.

**BOUSQUET,**

- Note sous Cass. Com., 28 novembre 1978, D. 1980.316.

**BOY L.,**

- *Les « utilités » du contrat*, Les Petites Affiches, n°109 du 10 Septembre, p.3.

**BRILL J.-P. et KOERING C.,**

- *Note ss Cass. com., 29 octobre 2002: D 2003, p. 2231 et s.*

**BURGARD,**

- *Fusions et management* : Rev ; des Sociétés 196

**BUSSY-DUNAUD F.,**

- *Les modalités de rupture d'un contrat en cours, lorsque l'administrateur renonce à sa continuation*( art. 37 de la loi du 25 janvier 1985) D.1992, chron., p.23.

- *Incidences des dispositions fiscales sur l'évaluation des apports en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif* : J.C.P. 1970, éd. G., I , 2346.

**CABRILLAC M.,**

- *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, Mélanges G. MARTY, Université Toulouse, 1978, p. 235 spécialement p. 239.

- « *Le maintien des concours bancaires après l'adoption du plan de continuation* » : D.1987, chron. 261.

**CADIET L.,**

- *Interrogations sur le droit contemporain des contrats*, in *le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987.

**CAFRITZ Eric ET JAÏS Frédérique,**

- *Fusions transfrontalières : vers un nouveau régime communautaire* : Décideurs juridiques et financiers, n° 55, du 15 juin 2004, p. 38-39.

**CAILLAUD B. et BONNASSE A.,**

- *Mais qu'a donc voulu le législateur ? A propos de la portée des dispositions de la loi Madelin concernant les fusions de sociétés anonymes*, Bull. Joly 1994, chron. 204, p.733.

- *Les fusions faisant intervenir des sociétés de personnes* : JCP 1998, éd. E, n° 15-16, p. 595.

**CALENDINI J.-M.,**

- *La détermination des contrats cédés en application de l'article 86* , Rev.jurisp.com.1992, n° spéc., p. 110.

**CAMPANA M.-J.,**

- *Les effets de la poursuite des contrats en cours*, Rev.jurisp.com.1992, n° spéc., p. 55.

- Obs. ss. Cass. Com., 2 mars 1993, RJDA 03/94, n°335.

**CAMPANA et CALENDINI,**

- Obs. ss. CA Paris, 24 avril 1992, Rev. Droit Bancaire et de la Bourse 1993, p. 101.

**CAPOULADE P.,**

- Note ss Cass. 3è civ., 18 octobre 1997: R.D. imm. 1998, p. 157.

**CASEY,**

- Note ss Cass. com., 26 octobre 1999: JCP éd. G. 2000, II, 10320.

**CASIMIR J.-P.,**

- *L'imposition du résultat des sociétés : être ou ne pas être soumis à l'impôt sur les sociétés ? Telle est la question*, in Mélanges Champaud, Dalloz 1997, p. 159.

**CATALA P.,**

- *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne* : RTD civ. 1966.185 et s.

**CHABERT C.,**

- Note ss C. A. Versailles, 28 mai 2002: JCP éd. G, n° 49 du 4 décembre 2002, p. 2185.

**CHAMPAUD Cl.,**

- *Le contrat de société existe-t-il encore ?* in *le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987.

- *Note ss Trib. Grande inst. Seine, 30 mars 1966 :RTD com. 1967.513.*  
Paris 8 oct. 1993 : RTDcom. 1994, p.158.

**CHAMPAUD Cl. et DANET D.,**

- Obs. in RTD com. 1994.510.

- Note ss Paris, 14 novembre 2003, RTD com. 2004.102.

**CHAPPERT A.,**

- *Essai de Synthèse En matière De Fusions, Scissions Et Apports Partiels D'Actif*, Défren. 1989, p.65.

**CHAPUT Y.,**

- « *La transmission des obligations en droit français* », in *IX<sup>e</sup> journées d'études juridiques* Jean DABIN, 371.

**CHARVÉRIAT A.,**

- *Incidences des opérations de restructuration sur les contrats et les cautions*, *Option finance* n° 722, 3 fév. 2003, rubr. « *juridique* ».

- *La jurisprudence précise la portée des conventions en matière de fusion*, *Option finance* 1999, n° 548, p. 38.

**CHAUCHARD J.-P.,**

- Note ss Cass. soc., 22 février 1995: *Dr. social-* n° 4, avril 1995, p. 395.

**CHAZAL J.-P.,**

- Note ss Cass. Com., 20 janvier et Paris, 6 février 1998: *JCP éd. E* 1999, p. 328.

**CHEMINADE Y.,**

- *La nature juridique de la fusion*, *R.T.D com.* 1970, 15.

**CHEVALLARD Sylvie,**

- *Régime des fusions : vers une plus grande sécurité juridique*, *Op. fin.*, n° 464 du 1<sup>er</sup> septembre 1997, p. 14.

- *Les fusions après LBO à nouveau sur la sellette*, *Op. fin.*, n° 399 du 15 avril 1996, p. 10.

**CHUILON,**

- *Les fusions de sociétés : recherche des règles juridiques applicables à l'évaluation et à la rémunération des apports* : *J.C.P.* 1970, éd. G., I, 2350.

**COHET-CORDEY F.,**

- *La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français*, *RTDicv.* 1996, p.819 et s.

**CONSTANTIN Alexis,**

- *L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission : le poids des mots, le choc des principes*, Bull. Joly, juillet-2003, p. 742.

**CONTIN R. et HOVASSE H.,**

- *L'autonomie patrimoniale des sociétés, Réflexions sur les finalités d'une organisation juridique des groupes*, Dalloz 1971 ; p.197.

- *L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés*, D. 1968, chron., p.45.

- *La codification du droit international privé, Paris, Dalloz, 1956.*

**COQUELET M.-L.,**

- *Obs. ss Cass. Com., 25 mars 1997, Bull. Joly 1997, § 246, p.643.*

- *Note ss Cass. com., 10 octobre 1995: Bull. Joly, 1996.1078.*

**CORDALIANI A.,**

- *Le droit des fusions et la C.E.E* : J.C.P 1979, éd. C.I., II,13078.

**CORNU G.,**

- *L'évolution du droit des contrats en France, Journées de la société de législation comparée*, R.I.D.C 1979, n° spéc.

**COURET A.,**

- *Note ss Cass. Com., 26 avril 2000, Bull. Joly des sociétés juill. 2000, n°7.*

- *Note ss CA Paris, 16 avril 1996: Bull. Joly.826, § 289.*

**COUTURIER G. et PRETOT X.,**

- *Note ss Cass. ass. Plén., 16 mars 1990: Dr. soc. 1990.399.*

**DAIGRE J.-J.**

- *Note ss Cass. com., 3 juin 1986, D. 1987, jurispr., p. 95.*

- *Note ss Paris, 23 avril 1998: Bull. Joly 1998.959.*

- *Note ss Paris, 10 avril 1986 : Rev. Sociétés 1986.428.*

- « *Restructuration des sociétés : apport partiel d'actif ou apport en nature, que choisir ?* », Dr. soc., n° 9, du 1<sup>er</sup> juin 1993, p. 1 et 16.
- Note ss Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 novembre 1998, Bull. Joly 1999, p. 371.
- Obs. ss Cass. com., 21 juillet 1981: Rev. Soc. 1981.771.

**DAIGRE J.-J., H. LEBLANC et D. GERRY,**

- *Restructuration des sociétés, apport partiel d'actif ou apport en nature : que choisir ?*: Dr. Soc., Actes pratiques 1993, n° 9.

**DALSACE A.,**

- *Fusion*, Encycl. Dalloz, Droit commerce sociétés, III, n° 2.
- *A propos de la fusion et de la scission des S.A.* : J.C.P. 1962, I, 1731.
- Cass. Com., 26 juill. 1961: Gaz. Pal. 1962, 2, p. 63 ; Rev. soc. 1964,p.1.
- *Fusion- scission- apport partiel d'actif* in *Dictionnaire permanent du droit des affaires*, T.II.
- *Aperçu critique sur le projet de loi sur les sociétés commerciales* : Rev. soc. 1965, p.1.

**DANET D.,**

- *Comptes courants d'associés : pour en finir avec un apartheid juridique*, RTD com. 1993, p. 55.

**DARROUSEZ P.,**

- *La poursuite des contrats en cours (article 37-loi du 25 janvier 1985) l'option de l'administrateur judiciaire*, Rev.jurisp.com.1992, n° spéc., p. 20.

**DAUBLAN,**

- *Entreprise et patrimoine d'affectation* : Défrenois 1984, art.33182.

**DE LABASTIDE B.,**

- *Les risques nés de la présence des minoritaires dans les opérations de restructuration* : P.A. 20 novembre 1996, n° 140, p. 6.

**DELEBECQUE Ph.,**



- *L'appréhension judiciaire des groupes de contrats*, in *Colloque Aix-en-Provence*, « *Le juge et l'exécution du contrat* », P.U.A.M 1993.
- *Le régime des contrats cédés en application de l'article 86 de la loi du 25 janvier 1985*, *Rev.jurisp.Com.*1992, p.134.
- Note ss. Cass. com., 3 oct. 2000 et Cass. Com., 14 nov. 2000: *Bull. Joly* 2001.152.

**DE JUGLART (M.), IPPOLITO (B.),**

- *Les sociétés commerciales, Cours de droit commercial*, 2è vols., Dixième éd. 1999, Montchrestien.

**DENIS D.,**

- *La cession de bail immobilier*, D.1976, chron.269.

**DEPREZ J.,**

- Note ss Cass. ass. Plén., 16 mars 1990: *RJS* 1990.199.
- Note ss Cass. soc., 17 mars 1988 : *RJS* 1989, p. 3.

**DERHY Armand,**

- « *Fusions-acquisitions, la logique sectorielle* », *Rev. fr. de gestion*, Janvier-février 1997, p. 39.
- « *A quelles logiques obéissent les vagues de fusions et acquisitions ?* », *Rev. fr. de gestion*, Janvier-février 1999, p. 17.

**DERRIDA F.,**

- Note sous Cass. Com., 8 déc. 1987, D. 1988.52.
- Cass. Com., 9 avril 1991 : *Petites Affiches* 8 avril 1992, p. 13
- Note sous Aix-en-Provence, 15 avril 1977, D. 1977, IR, 379.

**DERRUPE J.,**

- *Un trou législatif : le choix du successeur d'un associé décédé*, *Mélanges A. BRETON et F. DERRIDA*, Dalloz, 1991( **page ?**).

**DI VITTORIO,**

- *Sort du droit de vote double en cas de fusion-absorption de la société titulaire des actions* : Bull. Joly, 1979, 215.

**DJIGO A.,**

- *De l'effet de la fusion-absorption sur le mandat du syndic de copropriété*, note sous Cass. 3è civ. 10 nov. 1998, JCP éd. G 1999.II.10051; J.C.P. éd. E. 1999, n° 7, p. 328.

**DUBOUT H.,**

- *Les engagements de confidentialité dans les opérations d'acquisition d'entreprises* : Bull. Joly 1992.722.

**DUCOULOUX-FAVARD C.,**

- *La réforme française des fusions et l'harmonisation des législations européennes*, D.1990.I.242.

**DURAND ,**

- *Préface à l'ouvrage collectif consacré à la tendance à la stabilité du rapport contractuel*, L.G.D.J, 1960.

**ESMEIN,**

- *Cession de bail et sous-location*, RTDciv.1924.251.

**FABRE R.,**

- *Clauses d'adaptation dans les contrats*, RTDciv.1983, p.1.

**FAIVRE L.,**

- *L'Entreprise et ses formes juridiques* : RTDcom.1968.907.

**FORTUIT P.,**

- *Obs. ss Cass. com., 18 février 1997, Rev. Soc. 1998.325.*

**FOYER J.,**

- *Entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, J.D.I. 1991, p. 601.

**FRANDESCAKIS Ph.,**

- *Jurisprudence de droit international privé*, Sirey, 1961.

**GALL J.,**

- *Le projet de loi relatif aux fusions et scissions de sociétés commerciales*, Les Petites Affiches, 9 novembre 1984.

**GAMET L.,**

- *Le principe de personnalité des peines à l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés*, J.C.P. éd. G., 2001, I, n° 345.

**GARREAU DE LA MECHE NIE,**

- *La vocation de l'ayant à titre particulier aux droits et obligations de son auteur*, RTDciv.1944.219.

**GERMAIN M.,**

- *Naissance et mort des sociétés commerciales*, Etudes Roblot.  
- Note sous Cass. com., 20 janvier 1987, JCP éd. G 1987.II.20844.

**GHESTIN J.,**

- *La notion de contrat*, D. 1990,chron., p.147.

**GISSEROT Fl.,**

- *La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de la faillite ?*, R.T.D com. 1979, 49.

**GOFFARD Poulet,**

- « *Mémento relatif aux fusions, scissions et apports partiels d'actif des sociétés par actions et SARL* », J.C.P. éd. N, n° 44 45, du 3 novembre 1995, p. 1532-1537.

**GOLDMAN B.,**

- *Rapport concernant le projet de convention sur la fusion internationale des sociétés anonymes* : Rev. trim. dr. eur. 1974, p.464 et s.

**GOUBEAUX G.,**

- *Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens*, Etudes offertes à Roblot.

**GOUNOT E.,**

- *La liberté des contrats et ses justes limites*, in *Semaines sociales de France*, 1938.

**GOURLAY G.,**

- Note ss Civ.1<sup>re</sup>, 9 oct.1990: Bull. Joly 1990, p.1045.

**GRELIERE,**

- Note sous Cass. com., 17 juill. 1990, JCP éd. E 1991.II.143.

**GULPHE M.,**

- Note ss Cass. Civ.1<sup>re</sup>, 3 juin 1986 : J.C.P 1986, II, 20666.

**GUYON Y.,**

- *Les Apports Partiels d'Actif*, in *Prospectives Du Droit Economique : Dialogues avec Michel JEANTIN*.

- Note ss Cass. civ., 7 mars 1972: JCP éd. G 1972, II, n° 17270.

- Note ss Paris, 19 mars 1996 : Rev. soc. 1996, somm., jurisp., p. 357.

**HAMEL J.,**

- *La personnalité morale et ses limites*, D. 1949, chron., p. 141.

**HELOT,**

- *La place de l'intuitus personae dans la société de capitaux*, D. 1991, chron., p.143.

**HEMARD J.-H.,**

- Note ss Cass. Com., 27 oct. 1980: Rev. des Sociétés 1982.81.

- Cass. Com., 4 janv. 1971: Rev. des Sociétés 1972.239

**HONORAT J.,**

- *L'article 1844-8 du Code civil et la fin de la personnalité morale des sociétés*, Défren.1981, 32753, p.1352.

- *Sociétés et cautionnement*, Défren.1982, art. 32970, p. 1569.

- *Note ss Cass. com., 5 mars 1991: D. 1991, Jur., p. 441.*

**HOUIN R.,**

- *L'évolution du droit des sûretés*, Rev. jurisp. Com., fév. 1982, n°2, p. 7.

**HOUTCIEFF D.,**

- *La cession de la créance de loyers découlant d'une venet d'immeuble entraîne le transfert du cautionnement : beaucoup de bruit pour rien ?*, Rev. Lamy dr. civ. n° 13-Février 2005, p. 25.

**HOVASSE H.,**

- *La fusion de sociétés dans la réforme des offres publiques d'acquisitions* : Dr. des Sociétés, fév. 1999, p. 18.

- C.A. Lyon, 2è ch., 15 avril 1998 : Dr. des Sociétés, mars 1999, p.21.

- Cass. com., 23 mars 1999 : Dr. des Sociétés, juill. 1999, p. 13.

- Note ss Cass. Com., 29 juin 1993, Defrénois 1993, art. 35674, p. 1464.

-Note ss C.A. Chambéry, Ch. Com., 26 novembre 2002 : août-septembre 2003, p. 27.

-Note ss Cass. com., 18 février 2004: Dr. des sociétés, mai 2004, p. 29 et 30.

**HOVASSE H. et MONNET Joël,**

- Note sous Cass. com., 11 juin 2003 et Cass. com., 1<sup>er</sup> juillet 2003 : Dr. des sociétés, novembre 2003, p. 25 à 27.

**HUGUET H.,**

- *Sociétés en nom collectif : fusion par absorption* : JCP 2001, éd. E, n° 48, p. 1898.

**IDOT,**

- *La notion d'entreprise*, Rev. sociétés avril/juin 2001, 191.

JAMIN Ch.,

- *Une restauration de l'effet relatif du contrat*, chron., D.1991.257.

**JADAUD B.,**

- *Qui décide de l'agrément à la cession d'actions ?*, JCP éd. E, 2001, 1946.

**JASPAR et METAIS N.,**

- *Les limites à la transmission universelle de patrimoine : les contrats intuitu personae et les contraintes afférentes à certains biens*, Bull. Joly, mai 1998.447 et s.

**JEANDIDIER W.,**

- *L'imparfaite commercialité des sociétés à objet civil et forme commerciale*, D. 1979, chron. VII.

**JEANTIN M.,**

- *Contrat de gestion d'Entreprise*, J.-Cl., Contrats-Distribution, fasc. 450, 1989.

- *La continuation de l'Entreprise*, Rev. Jurisp. Com., n° spéc.1987.

- *La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janvier 1978*, D. 1978 ; chron., p.173.

- *La transmission universelle du patrimoine d'une société*, Mélanges Dérrupé, 1991.

- *La réforme des fusions et scissions* : Dr. des Sociétés 1988, p. 17.

- *Le nouveau régime des fusions et scissions de sociétés* : J.C.P 1988.II.15169.

- *Un nouveau champ d'application du droit des fusions : loi du 13 juillet 1992 relatives à la modernisation des entreprises coopératives* » : Bull. Joly 1993, n° 3, du 1<sup>er</sup> mars 1993, p. 295.

- *Les clauses de préemption statutaires entre les actionnaires* : JCP éd. E 1991, chron., p. 201; JCP éd. N 1991, I, 58.

- *Clauses d'agrément et fusion des sociétés commerciales*, Dr. sociétés 1988, n° 5, chron. p. 2.

- *La situation des banquiers dispensateurs de crédit* : Rev. Proc. Coll. n° 1991-2, p. 141.

- Note ss Civ.1<sup>re</sup>, 9 oct.1991 : Bull. joly 1991, p.1136.

- Note ss C.A. Paris, 4 juin 1993, Bull. Joly 1993.895, § 259.

- Note ss Cass. com., 5 mars 1991: Bull. Joly.500.

**JEANTIN et VIANDIER,**

- *Réforme du droit des fusions et scissions* : Rev. de droit bancaire et de la bourse n°7, Mai-Juin 1988, p.95 et s. et n°6 Mars-Avril 1988, p.65 et s.
- Note ss Cass. com., 16 février 1988: RD bancaire et bourse, 7 août 1988, p. 130, n° 2.

**KAHN Ph.,**

- *L'apport en société du bail rural* : RTD com. 1962, p. 567.

**KEITA M.,**

- Note ss Cass. com., 23 mars 1999, P.A.- 4 février 2000, n° 25, p. 15 et s.

**KRAJESKI D.,**

- Obs. ss Cass. com., 29 octobre 2002: Bull Joly 2003, p. 192 § 43.

**LAGARDE G.,**

- Propos d'un commercialiste sur la personnalité morale : réalité ou réalisme ?, *Etudes offertes à A. JAUFFRET*, 1974, p. 429.

**LAGARDE P.,**

- *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980*, Rev. crit. DIP, 1991, p. 287.
- Le dépeçage dans le droit international privé des contrats, *Rev. dir. Int. Proc.*, 1975, p. 649.

**LAPP. Ch.,**

- Cession de contrat, *Rep. Civ. Dalloz*, 2è éd. 1970.

**LARROUMET C.,**

- Note ss Rouen, 10 décembre 2002 : D. 2003, p. 688.

- « *L'acquéreur de l'immeuble loué et la caution du locataire* » : D. 2000, chron. 155.

- *Obs. ss Paris*, 23 février 2001 : D. 2001, p. 1789.

**LATSCHA et DURAND,**

- *Fusions et scissions de sociétés et apports partiels d'actif*: J.C.P. 1977, éd. C.I., II, 82332.

**LAUDE A.,**

- *La non-continuation des contrats dans les procédures collectives* in *La Cessation Des Relations Contractuelles D'Affaires*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, P.U.D'AIX-MARSEILLE, 1997, p. 109.

**LEBARS B.,**

- « *La continuation du compte courant bancaire en période de redressement judiciaire* » : P. affiches du 23 février 1996, p. 7.

**LE CANNU,**

- *La notion juridique de l'entreprise*, Petites affiches, 14 mai 1986, p. 19.

- Note ss CA Paris, 24 juin 1993 : Bull. Joly 1993, p. 1013.

- Obs. ss Com., 13 décembre 1994: Bull. Joly, 1995, § 39, p. 152.

Note ss CA Paris, 26 février 1992.547, § 175.

**LEFEVRE A.,**

- *Le nouveau régime des fusions et scissions*: Rev. des Sociétés 1988.207.

**LE GALL J.-P.,**

- *Apport Partiel D'Actif et transmission universelle de patrimoine*, in *Dialogues avec Michel JEANTIN*.

**LEGOUET Loïc,**

- *L'incidence des fusions des banques sur les garanties* : Rev. Banque et Droit n°71, Mai-Juin 2000, p.19.



**LEMISTRE B. et MERCIER J.-L.,**

- *Le nouveau régime de LA continuation des contrats*, Article 37 de La Loi du 25 Janvier 1985, Les Petites Affiches, n°110 du 14 Septembre, p.55.

**LE NABASQUE H.,**

- *La solidarité dans les opérations d'Apport Partiel d'Actif soumises au régime des scissions*, in *Dialogues avec Michel JEANTIN*.
- *Obs. ss Cass. Com.*, 29 juin 1993, JCP éd. E 1994.II.563.
- *Note ss Cass. com.*, 20 février 2001, Bull. Joly 2001, § 154, p. 611.
- *Fusion de banques et garanties* in *Mlges AEDBF III*, 2001, p. 233.

**LEPELTIER D.,**

- *Obs ss Cass. com.*, 23 novembre 1993: Bull. Joly 1994.93.

**LE TOURNEAU Ph.,**

- *J.-Cl. Contrat, Distribution, V° contrat intuitus personae*, fasc. 420, 1994.
- *Quelques aspects de l'évolution des contrats*, Mélanges P. RAYNAUD, Dalloz, 1985, p. 349.

**LIBCHABER R.,**

- *La société contrat spécial*, in *Dialogues avec Michel JEANTIN*.
- *Note ss Cass. com.*, 10 mars 1992, Rev. Soc. 1992, p. 732.

**LIENHARD A.,**

- *Note ss Cass. soc.*, 3 avril 2001, D. n° 20 du 24/05/2001, p. 1618-1620.

**LONDON C.,**

- *Fusions et acquisitions en Droit commercial* : J.C.P. éd. N. 1989.I.336.

**LUCAS F.-X. et PAROT J.-Cl.,**

- *Transformations des sociétés, aspects juridiques et fiscaux* : Actes pratiques-sociétés, sept./Oct. 2003, p. 6 et nov./déc. 2003, p. 2.

**LUGAN J.,**

- *Prime et plus-value de fusion* : Gaz. Pal. 1969, 2, doct.10.

**LYON-CAEN A.,**

- *Obs. ss Cass. Ass. plén., 16 mars 1990*: D. 1990, p. 305.

**MABILAT,**

- Note sous Cass. com., 25 oct. 1983, Rev. sociétés 1984.297.

**MAINGUY D.,**

- *Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée* : Rev. des Sociétés 1996.16.

**MALAURIE Ph.,**

- *Nature juridique de la personnalité morale*, Défren.1990 , art. 34848, p.1068.
- *Cession de contrat* : Défren. 1976, art.31194.
- Rep. Civ. Dalloz, 2è éd., V° *Cession de contrat*, n°1.
- Note ss Cass. com., 8 novembre 1972 et 9 avril 1973, D. 1973, p. 753.

**MALECKI C.,**

- *Note ss Cass. com., 20 février 2001*, Rev. Soc. 2001, p. 807.

**MARTIN J.,**

- *La notion de fusion*, R.T.D.com. 1978, 269.

**MARTIN-SERF A.,**

- *Redressement et liquidation judiciaires des Entreprises*, J.-Cl. Sociétés, fasc.41-G.
- *Les contrats en cours avant l'option de l'administrateur*, Rev.jurisp.com.1992, p. 8.

**MAZEAU D.,**

- Note ss Cass. com., 6 mai 1997, Defrénois 1997, art. 36633, p. 977.

**MAZET G.,**

- *Les clauses statutaires d'agrément*, RJ com., n° spéc., novembre 1990, p. 66( ???).

**MENARD Cl.,**

- *Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste* in *Etudes offertes à J. GHESTIN*, L.G.D.J., 2001.

**MEROVATCH,**

- *Le patrimoine*, RTDciv.1936, p.811.

**MESTRE J.,**

- *L'évolution du contrat en droit privé français* in *l'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journées René SAVATIER, 1985 , p.41 et s.

- Cass. com., 1<sup>er</sup> oct.1991 : RTD Civ.1992.80.

- *Le sort des contrats intuitu personae* : RTD Civ. 1986.747

- Note ss Cass. Com., 7 décembre 1993, Bull. Joly 1994.282, § 70.

**MESTRE J. et FAGES B.,**

- *Obs. ss Cass. com., 29 octobre 2002: RTD civ. 2003, p. 295.*

**MÉVAT V.-P.,**

- *Fusions et sociétés de personnes: aspects pratiques*: Dr. Soc. Août-septembre 2002, p. 4.

**MONNET Joël,**

- *Obs. ss Cass. com., 7 janvier 2004: Dr. des sociétés, mai 2004, p. 29.*

**MONRERAN Thierry,**

- *L'influence des procédures collectives sur la poursuite et la fin des contrats*, Gaz. Pal., n° 271 du 28/09/2003, p. 2-22.

**MORELLI N.,**

- *Le sort du cautionnement dans les opérations de fusions*, Bull. joly-juillet 2004, § 186, p. 933.

**MOULY Ch.,**

- Note sous Cass. com., 29 janv. 1982 : D. 1982.360.

- Note ss Cass. com., 2 octobre 1979, Rev. soc., 1981.73.
- *Les saisies de comptes bancaires*, Les P.A. du 26 mai 1993, p. 7.

**MOURY J.,**

- *Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions*, RTD com., 1989, p. 157.

**MOUSSERON P.,**

- *Les clauses de réserve de propriété en matière de cessions de droits sociaux*, Actes prat., mars/avril 2004, p. 1.

**NOCQUET,**

- *Note ss Colmar*, 30 janvier 1970 : Rev. soc. 1970.299.

**OPPETIT B.,**

- *La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions* : J.C.P 1970, 2361.
- *Les cessions de droits sociaux emportant transfert du contrôle d'une société : essai de synthèse*, Rev. des sociétés 1978, 631.
- *La fusion d'une société d'investissement avec une S.A.* : J.C.P. 1971 éd. G., I, 2383.
- Note ss Cass. com., 21 janvier 1970: JCP 1970, II, 16541.

**OURLIAC P. et M. JUGLART,**

- *La propriété culturelle* : J.C.P. 1962, 1, n° 1683.

**PACLOT Y.,**

- Note ss Cass. com., 3 juin 1986: JCP éd. E, 1987, II, 15083.

**PAILLUSSEAU J.,**

- *La cession de contrôle* : 1986 ,I, 3224.
- *Les fondements du droit moderne des sociétés* : J.C.P 1984 éd. E,II, 14193.
- *La rétroactivité des opérations de fusion d'une conception juridique « light » à une conception fiscale « lourde »* : Actes Pratiques-Sociétés, éd. Juris-Cl. Mai-juin 2000.

**PAILLUSSEAU J. et CONTIN R.,**

- *La cession de contrôle d'une société* : J.C.P 1969, 2287.

**PAILLUSSEAU, CAUSSAIN, LAZARSKI et PEYRAMAURE,**

- *La cession d'Entreprise*, p.229.

**PEROCHON Fr.,**

- *Halte au détournement de la cession judiciaire de l'Entreprise*, D. 1990, chron. 252.

**PETEL ,**

- Obs. ss Cass. Com., 3 mars 1992, JCP éd. E 1992, I, p. 192, n°2.

**PICHAD B.,**

- *Le transfert des contrats conclus intuitu personae en cas de fusion* : note ss Aix-en-Provence, 12 juin 1997, P. Affiches du 18 février 1998, p. 24.

**PIEDELIEVRE S.,**

- *Note ss Cass. com., 10 octobre 1995: Défrenois, 1996, art. 36 333, p. 648.*

- *Note ss Cass. com., 26 octobre 1999: Defrénois 2000, p. 480.*

**PIERRE Jean-Luc,**

- Comm. « *Instruction administrative du 7 juillet 2003* », Dr. des sociétés, novembre 2003, p. 36.

- Note ss CE, 8è et 3è ss-sect., 25 avril 2003 : Dr. des sociétés août-septembre 2003, p. 37.

- Dr. des Sociétés 1999,p.21, note sous C. A. Paris, 5è ch., 8 oct. 1998.

**PINOTEAU,**

- *A propos de l'évaluation des entreprises en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif*: J.C.P. 1973, éd. C.I., II, 11134.

- *La prise en considération, au cas de fusion, des résultats obtenus par la société absorbée durant la période s'étendant de la date du dernier arrêté des comptes jusqu'à la date de la réalisation définitive de la fusion* : Rev. des sociétés 1983, 531.

**POLLAUD-DULIAN Fr.,**

- « *Le principe d'égalité dans les procédures collectives* », JCP éd. G, 1999, I, 138.

**PORACCHIA D.,**

- *Note ss Cass. Ire civ., 28 septembre 2004: Dr. et patr. n° 135-mars 2005, p. 96.*
- *Note ss Cass. com., 29 octobre 2002: Dr. et patr. n° 114-avril 2003, p. 97.*

**PRIETO C.,**

- *Evènements affectant la personne de la société contractante in LA Cessation Des Relations Contractuelles D'Affaires*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, P.U.D'AIX-MARSEILLE, 1997, p. 81.

**RANDOUX D.,**

- *Obs. ss TGI Dijon, 8 mars 1977 : Rev. Sociétés.279.*
- *Obs. sous Cass. com., 17 juill. 1990, Rev. sociétés 1991.67.*
- *Note ss Cass. com., 24 février 1987: JCP éd. N, II, p. 189.*

**REMY Ph.,**

- *La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept*, RTD civ., avril-juin 1997, p. 323.

**RENUCCI J.-F.,**

- *L'identité du cocontractant*, RTD com., 1993, p.441.

**RICHARD J.,**

- *Le régime fiscal de faveur des fusions de sociétés et opérations assimilées* : J.C.P. éd. N. 1974,II, 2658 et J.C.P. 1977 éd. C.I, II, 12481.

**ROBLOT R.,**

- *L'agrément de nouveaux actionnaires*, in Mélanges BASTIAN, Litec, 1973, t. 1, p. 283.

**ROCA M.C.,**

- Note ss Cass. com., 1er Oct. 1991, Bull. Joly 1991, n°352, p.1004.

**ROUTIER R.,**

- Note ss Cass. com., 10 octobre 1995: Rev. Soc. 1995.708.

**ROUVIERE,**

- *Réflexions sur l'entreprise*, Petites affiches, 21 décembre 1998, n° 153, p. 26.

**SAINT-ALARY-HOUIN C.,**

- *Variations sur le plan de cession d'une entreprise en difficulté*, in mélanges C. CHAMPAUD, p. 539.

**SAINT-CENE M. et GRILLOT J.,**

- *Le cautionnement et la garantie des créances nées postérieurement à une scission et/ou une fusion de sociétés*, Rev. Banque et Droit n°37, Sept-Oct. 1994, p.3.

**SAINTOURENS B.,**

- Note ss Cass. com., 3 juin 2003: Bull. Joly 2003, n° 195, p. 933.

**SAVATIER J.,**

- *Les fusions de sociétés et le droit du travail*, Mélanges Brèthes De La Gr essaye, p. 721.  
- *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, RTDciv.1934.525.

**SAYAG A.,**

- *Mandat social et contrat de travail : attrait, limites et fictions*, Rev. des Sociétés 1981, p.3.

**SCHAPIRA,**

- *L'intérêt social et le fonctionnement de la S.A*, R.T.D. com. 1971, p. 597.

**SCHMIDT J.,**

- *Négociation et conclusions des contrats*, Dalloz, 1982.

**SCHRICKE A.,**

- *A propos des fonds reçus en comptes courants d'associés* in Mlges AEDBF III, 2001, p. 279.

**SERIAUX,**

- *La notion juridique de patrimoine, brèves notations civilistes sur le verbe « avoir »*, Mélanges Germain BRIERE, 1993, p.322.

**SERRA,**

- *La non-concurrence*, Dalloz 1991, n° 312 et s.

**SEVE R.,**

- *Détermination philosophique d'une théorie juridique : la théorie du patrimoine d'AUBRY et RAU* in Arch. Phil. de droit 1979, p.247 et s.

**SIMLER Ph.,**

- Note ss Cass. com., 22 janv. 1985: J.C.P 1986.II.20591.
- J.C.P éd. N. 1987.I.199.
- Obs. sous Cass. com., 22 janvier 1985, JCP éd. G 1986.II., n° 20591.
- Obs. ss Rouen, 10 décembre 2002 : JCP éd. G. 2003, I, 124, n° 8.

**SINAY H.,**

- *Stabilité de l'emploi et transfert d'Entreprise*, J.C.P 1961, 1647.

**SOINNE B.,**

- « *La continuation du compte courant après jugement d'ouverture* » : Gaz. Pal. 1988, 1, doct. 128.

**SOLAL,**

- *La nouvelle situation des créanciers de l'apporteur d'un fonds de commerce en cas d'apport par voie de fusion ou de scission* : RTDcom.1967, 459.

**SOULARD P.,**



- *Banque et transmission d'Entreprise*, Rev. Banque et Droit n°33, Janv.-Fev.1994, P ;13.

**SOUSI-ROUBI B.,**

- « *La situation du banquier ayant consenti un découvert avant l'ouverture d'un redressement judiciaire* » : Gaz. Pal. 1986, 2, doct. 515.

**STEPHAN P.,**

- *A propos des conditions de transfert de contrat en cas de Cession d'Entreprise*, Banque et Droit n°2, Janv.-Fev.1989, p.16.

- R.J.D.A. 4/99, n°420.

- Rev. Banque et Droit n°73, Sept.-Oct.2000, p.39.

- Rev. Banque et Droit n°63, Janv.-Fev.1999, p.42.

**STORCK J.-P.,**

- *La continuation de la société par l'élimination d'un associé*, Rev. Soc. 1982, p. 261.

- *Définition du contrôle d'une cession d'une société en droit français*, Rev. des Sociétés 1986. 385.

**STORCK M., URBAN Q. et RIASSETO I.,**

- Obs. sous Cass. com., 19 novembre 2002, Banque & Droit n° 87, Janv.-fév. 2003, p. 45.

**STOUFFLET J.,**

- *Droit international privé, cours de licence en droit*, Clermont-Ferrand, 1970-1971.

- *Les emprunts obligataires et la limitation légale du taux de l'intérêt conventionnel* in Mlges AEDBF III, 2001, p. 343.

**SURAMY M.,**

- *Fusion dans le cadre d'une restructuration de groupe avec transfert de la jouissance des exploitations industrielles et commerciales à de nouvelles entités* : Gaz. Pal. 1986,1, doct.274.

- *Deux aspects particuliers des fusions dans le cadre d'une restructuration de groupe* : Rev. des Commissaires aux Comptes 1986, 274.

**THIBIERGE-GUELFUCCI C.,**

- *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD civ., avril-juin 1997, p. 357.
- *De l'élargissement de la notion de partie au contrat...à l'exécution de la portée du principe de l'effet relatif* : RTD civ. 1994, p. 275.

**ULLMANN P.,**

- *Aspects juridiques et fiscaux des acquisitions et fusions de sociétés* : Gaz. Pal.1979, 1, doct.37.

**URBAIN-PARLÉANI I.,**

- *La responsabilité des personnes morales à l'épreuve des fusions* : Rev. soc., n° 4 du 1<sup>er</sup> octobre 2001, p. 851.
- *La fusion absorption à l'épreuve des clauses d'agrément. Le cas particulier de la transmission des droits sociaux détenus dans le capital d'une société tierce* in Mélanges Y. GUYON, 2003, p.

**VALERY J.,**

- « *Comment s'est formée la théorie de la personnalité des sociétés commerciales* », in *recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GENY, I, Aspects historiques et philosophiques*, Librairie Du chemin, Paris, 1977 .

**VAN OMMESLAGHE,**

- *L'application des articles 85 et 96 du traité de Rome aux fusions* : Rev.trim.dr.eur.1967, 457.

**VASSEUR,**

- *La fusion d'une société d'investissement avec une société régie par le droit commun* : D.S.1971, chron.37.
- *Les fusions et les scissions de sociétés par actions*, Etudes de droit contemporain, 1959,III, p. 40.
- Cass. com., 6 mars 1978, D. 1979.IR.138.

**VELARDOCCHIO D.,**

- *Note ss Com.*, 15 février 1994 : *Bull. Joly*, 1994.508, § 152.

**VENDEUIL S.,**

- *La loi Madelin et le régime des fusions* : J.C.P. éd. E. 1994, n° 22 du 2 juin 1994, p. 226.

**VERDIER,**

- *Droit des sociétés et concentration des entreprises* : Etudes J. Hamel, 1961, 163.

**VIALA Ysaline,**

- *Le maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise en droit allemand*, Dr. social-n°2-février 2005, p. 200.

**VIANDIER A.,**

- *Observations sur les conventions de vote*, J.C.P. éd. E 1986, 15405.

- *Quelques aspects pratiques des fusions*, R.J.D.A 3/ 91, P. 171.

- *Réformes du droit des sociétés commerciales*, J.C.P. éd. 1988, 15106.

- Cass. com., 1<sup>er</sup> oct. 1991: J.C.P éd. E 1992.II.21860

- *Les contrats conclus intuitus personae face à la fusion des sociétés*, Mél. Mouly, t.II, Litec 1998, p. 203.

- Note ss Cass. Com., 30 mai 2000, JCP éd. E 2000, p. 1479.

**VIANDIER A. et CAUSSAIN J.-J.,**

- Obs. ss Cass. com., 29 juin 1993, JCP éd. E, 1993.I.288, n° 15.

- Note ss Cass. com., 3 juin 1986, JCP éd. E, 1986, 15846, n° 6.

- Note ss CA Montpellier, 17 décembre 1992: JCP éd. E, 1993, I, 215, N) 9 ; RJDA 1993, p. 206.

- Note ss Cass. com., 13 décembre 1994: JCP éd. E, 1995, I, 447, n° 4.

- Note ss Cass. com., 20 février 2001, J.C.P. éd. E 2001, p. 895.

**VIATTE,**

- *Le sort des baux en cas de dissolution de la société locataire par voie de fusion ou de scission* : Rev. des Loyers 1967, 86.

- *La cession du droit au bail*, Rev. des Loyers 1980, 232.

**VICHY LLADO D.,**

- *La responsabilité des personnes morales en cas de fusion*: J.C.P. éd. E 2001, n° 20-21, p. 838.

**VIDAL D.,**

- *Cautionnement et absorption de la société débitrice* sous C.A. Paris, 15<sup>e</sup> ch., Sect. A, 5 janv.1999 : Dr. des Sociétés, nov. 1999, p. 18.
- *Une analyse juridique de l'entreprise*, Petites affiches, 9 juillet 1986, p. 23.
- Note sous Paris, 1<sup>re</sup> ch., Sect. A, 12 mai 1998 : Dr. Soc., février 1999, p. 14.

**VIMONT J.-C.,**

- *La scission directe : à propos de l'article 383 de la loi du 24 juillet 1966* : Gaz. Pal. 1967, 1, doct.20.

**VITU A.,**

- *Propriété commerciale et propriété culturelle* : RTD com. 1946, p. 273.

**VIVANT M.,**

- *Le fondement juridique des obligations abstraites*, D.1978, chron.39.

**VOILLEMOT D.,**

- *La nouvelle définition des fusions et des scissions* : J.C.P. éd. N., n° 47 du 22 novembre 2002, p. 1630-1633.

**WAHL,**

- Note ss Cass. com., 2 juillet 1880, S., I, 177.

**IV. JURISPRUDENCE SANS NOTES**

- Paris, 23<sup>e</sup> ch. B, 30 mars 200, Juris-data n° 112470.
- Paris, 3 décembre 1998, Juris-data n° 023168.
- Paris, 19<sup>e</sup> ch. B, 14 janvier 1999, Juris-data n° 020064.
- Cass. com., 10 mars 1976 : Bull. Joly 1976, p. 261, § 168-II.

- Cass. com., 24 février 1987: Bull. Civ., IV, n° 55.
- Angers, 20 septembre 1988 : Bull. Joly, 1988.850, § 270.
- Cass. com., 15 février 1994, RJDA, 1994/6, p. 534, n° 671.
- Paris, 14 mars 1990: Bull. Joly 1990.353, § 110.
- Req. 13 mars 1882: DP, 1883.1.83.
- Cass. com., 21 janvier 1970 : Bull. civ. IV, n° 28.
- C.A., Chambéry, ch. com., 26 novembre 2002, Bull. Joly, juillet-2003, p. 808.
- Cass. com., 11 mars 2003, Bull. Joly, juillet-2003, p. 810.
- Cass. com., 15 juin 1999, D. 1999, IR, p. 197.
- Cass. com., 10 juin 1963 : Bull. civ., III, n° 216.
- Cass.soc., 19 février 1981 : Bull. civ. V, n° 152.
- Cass. soc., 19 janvier 1966 : Bull. civ., n° 67.
- Cass. soc., 5 novembre 1987 : D. 1987.IR, p. 230.
- Cass. soc., 16 janvier 1990 : D. 1990.IR, p. 29.
- Cass. soc., 31 mai 1978 : Bull. civ. V, n° 409.
- Cass. soc., 5 janvier 1967 : Bull. civ. IV, n° 7.
- Cass. soc., 12 mars 1987 : Bull. civ. V, n° 139.
- Cass. soc., 7 mai 2003 : RJS 7/03, n° 852.
- Cass. soc., 11 juin 2002 : RJS 8-9/02, n° 947 et 948.
- Cass. com., 21 janvier 2003 : RJDA 2003, n° 593.

## **V. JURISPRUDENCE EUROPEENNE**

- CJCE 14 avril 1994, J.C.P. éd. E. 1994, I, 380, obs. P. ANTONMATTEI; RJS 1994, p. 388, n° 630.
- CJCE 19 septembre 1995, J.C.P. éd. E 1995, panor., p. 1270.
- CJCE 10 décembre 1998, RJS 2/99, n° 315.
- *CJCE 16 décembre 1992 : J.C.P. éd. E 1993, I, 266, p. 370, note P.-H. ANTONMATTEI.*
- CJCE 5 mai 1988 : Rec. 1988, p. 2559.
  - CJCE 24 janvier 2002 : RJS 4/2002, n° 511, note N. MOIZARD.

-

## **VI. SITES INTERNET**

- [WWW.Courdecassation.fr/agenda](http://WWW.Courdecassation.fr/agenda).
- [WWW.Vernimmen.net](http://WWW.Vernimmen.net).

## **TABLES DES MATIERES**

### **INTRODUCTION 8**

## **PREMIÈRE PARTIE LES FUSIONS ET SCISSIONS EMPORTENT CONTINUATION DES CONTRATS DE LA SOCIÉTÉ DISSOUE SANS LIQUIDATION PAR LA SOCIÉTÉ BÉNÉFICIAIRE 23**

### **TITRE I DU PRINCIPE ET DU FONDEMENT DE LA CONTINUATION DES CONTRATS DANS LE CADRE DES OPÉRATIONS DE FUSION ET DE SCISSION 25** CHAPITRE I LE PRINCIPE DE CONTINUATION DE L'ACTIVITÉ CONTRACTUELLE EN CAS FUSION OU SCISSION DU CONTRACTANT PERSONNE MORALE 27

#### **SECTION I LE PRINCIPE DE LA CONTINUATION CONTRACTUELLE EN DROIT DES FUSIONS ET DES SCISSIONS 27**

§.1. La continuation des contrats de la société dissoute sans liquidation	28
I. Les fusions et scissions ne sont pas constitutives de causes de résolution	29
II. Les fusions et scissions ne sont pas constitutives de causes de caducité des contrats conclus par la société absorbée ou scindée	30
§.2. La règle de la continuation des contrats dans l'hypothèse d'une scission de société	31
I. De l'affectation des contrats de la société scindée au bénéfice de sociétés nouvelles	33
II. De l'affectation des contrats de la société scindée au bénéfice de sociétés préexistantes	34
III. Le cocontractant a-t-il le pouvoir de contester la transmission du contrat décidée dans la convention de scission ?	37

#### **SECTION II LES IMPLICATIONS DU PRINCIPE DE LA CONTINUATION CONTRACTUELLE DANS LES OPÉRATIONS DE FUSION ET SCISSION 38**

§.1. La nature du contrat continué par l'effet de fusion et de scission	39
§.2. Les conditions d'exécution des contrats continués	40
I. La continuation du contrat en cours dans l'hypothèse d'une clause de révision	41
A. La théorie de l'imprévision en droit des contrats	41
B. Les fusions et scissions peuvent-elles déclencher la mise en œuvre d'une clause d'adaptation ?	46
1°. Les clauses d'adaptation dans les contrats en cours	46
2°. L'effet des fusions et scissions sur la mise en œuvre des clauses d'adaptation	49
II. La continuation du contrat en cours en l'absence d'une clause de révision	55
§.3. Les moyens de défense en cas d'inexécution	58

### **CHAPITRE II FONDEMENT DU PRINCIPE DE LA CONTINUATION DES CONTRATS À L'OCCASION D'UNE FUSION ET SCISSION 60**

SECTION I DE LA NOTION DE LA TRANSMISSION UNIVERSELLE DE PATRIMOINE	60
§.1. Le patrimoine social et le contrat	61
I. La notion de patrimoine social	61
II. Place et importance du contrat dans le patrimoine de la société	65
§.2. Teneur de la règle de la transmission universelle de patrimoine	66
I. Aperçu historique du principe de transmission universelle de patrimoine	67
A. Les fusions et les scissions avant la loi du 5 Janvier 1988	67
B. La consécration législative de la nature juridique des fusions et des scissions	70
II. Contenu de la règle de transmission universelle de patrimoine	71
A. Exposé du principe de transmission universelle de patrimoine	71
B. Conséquences juridiques et pratiques du principe de la transmission universelle de patrimoine	73

## **SECTION II DU FONDEMENT DE LA RÈGLE DE LATRANSMISSION UNIVERSELLE DE PATRIMOINE 75**

§.1. La continuation des contrats en droit des fusions et scissions et le principe de la continuation de l'entité dissoute	75
I. Le principe de la continuation de la personne en droit des successions	76
A. Aperçu historique du principe de continuation de la personne du défunt	77
B. Valeur et conséquences de la règle de la continuation de la personne du défunt	78
II. Le principe de la continuation de la personne et le droit des sociétés commerciales	81
A. Exposé du principe de la continuation de l'entité dissoute	83
B. Les conséquences du principe de la continuation de la personne de l'entité dissoute	85
§.2. La continuation des relations contractuelles en droit des fusions et des scissions et le principe de continuité de l'entreprise transférée	87
I. L'entreprise, facteur de cohésion du patrimoine social	88
A. L'entreprise, facteur de cohésion du patrimoine, vue comme une universalité de droit	89
1°. Analyse des critiques faites à la théorie objective	90
2°. Le rétablissement du sens réel de la théorie moderne	92
B. L'entreprise, facteur de cohésion vue comme objet d'organisation des groupements de droit privé	94
II. L'entreprise, une notion juridiquement consacrée	95
A. De la consécration législative de l'importance de l'entreprise	96
B. Du rôle de l'entreprise dans le processus de continuation des contrats	99

## **TITRE II LES CONDITIONS DE LA CONTINUATION DES CONTRATS A L'OCCASION D'UNE OPERATION DE FUSION ET DE SCISSION 107**

### **CHAPITRE I DE LA NECESSITE DUN CONTRAT EN COURS 108**

#### **SECTION I UN CONTRAT EN COURS D'EXISTENCE 108**

#### **SECTION II UN CONTRAT EN COURS D'EXECUTION 111**

§.1. Le sort des contrats suspendus	112
I. Les causes créatrices de la suspension	112
II. Le contrat suspendu, un contrat en cours d'exécution	114
§.2. L'influence de la condition et du terme sur la qualification de contrat en cours en droit des fusions et scissions e	115
I. Le contrat conditionnel, un contrat en cours d'exécution ?	115
II. Le contrat à terme, un contrat en cours ?	117
§.3. Influence des caractères de l'exécution sur la notion de contrat en cours	118
I. Indifférence de principe du caractère successif ou instantané du contrat sur sa transmission	119
II. Indifférence du caractère principal ou subsidiaire de l'obligation contractuelle à exécuter	120
A. Le contrat en cours : une notion restreinte ?	121
B. Le contrat en cours : une notion large ?	121
§.4. L'influence des fusions et scissions sur les contrats internationaux figurant dans le patrimoine de la société absorbée	124
I. La notion de contrat international	125
II Du principe de continuation des contrats internationaux figurant dans le patrimoine de la société absorbée	128

#### **SECTION III L'INFLUENCE DE LA FUSION ET SCISSION SUR LES POURPARLERS ENGAGES PAR LA SOCIETE DISSOUTE SANS LIQUIDATION 129**

§.1. Les pourparlers de forme contractuelle	133
I. Les accords précontractuels envisageant la négociation du contrat définitif	134
A. Les accords précontractuels créant une obligation de négocier	134
B. Les accords précontractuels organisant la négociation du contrat définitif	135
II. Les accords précontractuels envisageant la conclusion du contrat définitif	135
A. Les promesses unilatérales de contrat	136
B. La promesse synallagmatique de contrat	136



§.2. A propos de la transmissibilité des accords précontractuels de forme contractuelle	137
I. Analyse du caractère obligatoire des pourparlers contractuels	137
II. Indifférence de la nature précontractuelle de l'accord juridique en cours	139

## CHAPITRE II L'INDIFFERENCE PRINCIPIELLE DE L'UTILITE ECONOMIQUE DU CONTRAT EN COURS ET DU CONSENTEMENT DU COCONTRACTANT DE LA SOCIETE DISSOUTE SANS LIQUIDATION 144

### SECTION I ABSENCE D'UN DROIT D'OPTION EN FAVEUR DE LA SOCIETE ABSORBANTE 144

§.1. La notion du droit d'option	144
§.2. L'incompatibilité d'un droit d'option en faveur de la société absorbante avec le droit des fusions et scissions	145

### SECTION II L'EXCLUSION PRINCIPIELLE DU CONSENTEMENT DU COCONTRACTANT A LA CONTINUATION DU CONTRAT 147

§.1. Du nécessaire consentement du cédé dans la cession de contrat	147
§.2. La continuation de principe des contrats résultant des fusions et scissions, est-elle soumise à une consultation ou un agrément nécessaire du cocontractant de la société absorbée ?	149
I. L'indifférence de principe de l'information et du consentement du cocontractant de la société absorbée	149
II. L'absence de statut de tiers chez la société bénéficiaire en droit des fusions et des scissions	153

## DEUXIÈME PARTIE LA PORTÉE DE LA RÈGLE DE LA CONTINUATION DES CONTRATS DANS LE CADRE D'UNE OPÉRATION DE FUSION ET DE SCISSION 160

### TITRE I LE PRINCIPE DU CARACTÈRE GÉNÉRAL DE LA RÈGLE DE CONTINUATION DES CONTRATS À L'OCCASION DES FUSIONS ET DES SCISSIONS 162

#### CHAPITRE I L'INDIFFERENCE DE PRINCIPLE DE LA NATURE INTUITU PERSONAE DU CONTRAT EN CAS DE FUSION ET SCISSION 164

### SECTION I LES FONDMENTS INTERNES JUSTIFIANT LA CONTINUATION AUTOMATIQUE DES CONTRATS INTUITUS PERSONAE 164

§.1. Les réserves des législateurs tant communautaire que français quant à l'exclusion de principe des contrats intuitu personae de la transmission universelle	165
I. Le législateur communautaire et la continuation des contrats intuitu personae à l'occasion des fusions et des scissions	165
II. Le législateur français et le sort des contrats <i>intuitu personae</i> dans le cadre des opérations de fusion et de scission	167
A. Le silence du législateur français quant à l'exclusion de principe des contrats conclus <i>intuitu personae</i> de la règle de la transmission universelle de patrimoine	168
B. Explication du mutisme du législateur français quant à l'exclusion expresse des contrats intuitu personae de la transmission universelle	170
C. De l'appréciation de la persistance de la jurisprudence relative à l'exclusion de principe des contrats intuitu personae de la transmission universelle	171
§.2. De la continuité de la société absorbée ou scindée au travers de la société bénéficiaire	173
I. L'intuitus personae et les fusions et scissions s'opérant au sein d'un groupe	174
II. L'intuitus personae et l'hypothèse où la société absorbée serait plus importante que la société absorbante	176
§.3. Le caractère dérogatoire du droit des fusions et des scissions	178
§.4. L'impératif de sauvegarde de l'entreprise en difficulté et les contrats intuitu personae en droit des fusions et scissions	183
§.5. La condamnation de la perception doctrinale et jurisprudentielle de l'influence de l'intuitus personae sur le principe de continuation des contrats	184
I. L'analyse jurisprudentielle de la transmission des contrats intuitu personae à l'occasion d'une fusion et scission	184

A. L'influence de l' <i>intuitu personae</i> sur la transmission universelle des contrats selon la jurisprudence	185
B. La perception jurisprudentielle des contrats <i>intuitu personae</i> à l'issue des fusions et scissions : une méconnaissance de la règle de continuation des contrats	186
II. L'analyse doctrinale de l'influence de l' <i>intuitus personae</i> sur la transmission des contrats, en cas de fusion et de scission	188
A. Le sort des contrats conclus <i>intuitu personae</i> dans le cadre des fusions et des scissions, vu par les auteurs	188
B. La contrariété de l'analyse doctrinale par rapport à l'indifférence de principe de la nature du contrat dans le cadre de la règle de la continuation des contrats résultant des fusions et des scissions	190

## SECTION II - LES FACTEURS EXTERNES JUSTIFIANT L'IMPUISSANCE DE L'INTUITUS PERSONAE À EMPÊCHER LA CONTINUATION DE PRINCIPE DES CONTRATS DANS LE CADRE DES FUSIONS ET DES SCISSIONS 194

§.1. L' « <i>intuitus personae</i> », un instrument incontestable de précarisation de la relation contractuelle	194
I L' <i>intuitus personae</i> , une notion à la nature juridique floue	197
A. L'incertitude jurisprudentielle relative à la notion de contrat <i>intuitus personae</i>	197
B. De la difficulté de la doctrine à définir l' <i>intuitus personae</i>	198
II. De quelques tendances législatives à éliminer l' <i>intuitus personae</i> dans le contrat	202
§.2. Le contrat, un élément désormais à valeur patrimoniale	204
§.3. Le contrat, un instrument majeur au service du « développement et de la transmission » de l'entreprise	207

## CHAPITRE II DE L'APPLICATION DE LA RÈGLE DE LA CONTINUATION A QUELQUES PRINCIPAUX CONTRATS DE LA SOCIÉTÉ ABSORBÉE OU SCINDÉE 212

### SECTION I - DES CONTRATS RELATIFS AU STATUT DES SALARIÉS DES SOCIÉTÉS ABSORBÉES OU FUSIONNÉES : DU SORT DU CONTRAT DE TRAVAIL, DES CONVENTIONS OU ACCORDS COLLECTIFS ET DES ACCORDS D'INTÉRESSEMENT 212

§.1. Le sort des contrats de travail lorsque la fusion ou scission satisfait aux conditions d'application de l'article L. 122-12 du Code du travail	214
A. De la nécessité de l'existence de contrats de travail en cours	214
B. Un transfert d'entreprise	215
C. Reprise ou continuité de l'activité sociale	217
§.2. Le sort des contrats de travail lorsque l'opération de fusion ou de scission ne satisfait pas aux conditions d'application de l'article L. 122-12 du Code du travail	220
I. De la continuation des contrats de travail dans l'hypothèse d'un défaut de continuité ou de reprise de l'activité de la société dissoute sans liquidation	221
II. Les effets de la continuation des contrats de travail à l'occasion d'une fusion et d'une scission	223
A. La généralisation de la continuation quant aux contrats de travail figurant dans le patrimoine de la société absorbée	223
B. De la force obligatoire de la continuation des contrats de travail	225
1°. Du droit d'opposition du salarié à la continuation de son contrat de travail en cas de fusion et de scission	225
2°. L'influence de la fusion et scission sur le droit de licenciement de l'employeur	228
C. Du sort des dettes nées des contrats de travail continués	230
§.3. Le sort des conventions ou accords collectifs aux termes d'une opération de fusion ou de scission	231
I. Du sort des conventions ou accords collectifs dans l'hypothèse d'une fusion ou scission entraînant création d'une société nouvelle	232
II. Du sort des conventions ou accords collectifs dans l'hypothèse d'une fusion par absorption	234
A. Hypothèse où la convention ou l'accord collectif de la société absorbante est plus favorable à celle ou celui des sociétés absorbées	235
B. Hypothèse où la convention collective de la société absorbante présente moins d'avantages que celle de la société absorbée	236

§.4. L'influence des fusions et scissions sur les contrats de participation et d'intéressement de la société absorbée ou scindée	238
I. Notion de contrats de participation et d'intéressement	239
II. Du principe de la continuation des contrats de participation et d'intéressement	242
III. De l'éventuelle impossibilité de continuation des contrats de participation et d'intéressement	243
A. La société bénéficiaire ne comporte pas d'accord	243
B. La société absorbante comporte un accord	246

## SECTION II DE L'INFLUENCE DE LA TRANSMISSION UNIVERSELLE DU PATRIMOINE SUR LE CONTRAT DE CAUTIONNEMENT **246**

§.1. La solution jurisprudentielle à propos du sort du contrat de cautionnement dans le cadre d'une opération de fusion ou de scission	248
I. Le rappel de la distinction, fondement de la solution jurisprudentielle	249
II. Les applications de la solution jurisprudentielle	250
A. Le sort du contrat de cautionnement lorsque la fusion ou scission affecte la société créancière	250
B. Le sort du contrat de cautionnement lorsque la fusion ou scission affecte la personne de la société débitrice	252
C. Le sort du contrat de cautionnement lorsque la fusion ou scission affecte la personne de la société caution	252
§.2. La solution jurisprudentielle, une jurisprudence restrictive et contraire au principe de la transmission universelle du patrimoine	254
I. Les fondements critiquables de la solution restrictive de la Cour de cassation	254
A. Les arguments du droit des fusions et des scissions contestant la justesse de la solution classique	256
B. Les arguments du droit commun contestant la légitimité de la solution restrictive de la Cour de cassation.	259
C. L'intention commune des parties, facteur de caducité du cautionnement ?	263
II. La solution restrictive de la Cour de cassation, une solution aux effets pervers pour les restructurations d'entreprises	266
A. L'origine de l'extinction critiquable de l'obligation de couverture	266
B. Les effets pervers de la solution restrictive de la Cour de cassation	269
III. La solution restrictive de la jurisprudentielle, une solution paradoxale	271
IV. Le démenti de la solution restrictive de la Cour de cassation	274
A. L'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 décembre 2004	275
B. Propositions formulées dans le rapport du groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés	277

## SECTION III DES CONTRATS DE COMPTE COURANT EN DROIT DES FUSIONS ET DES SCISSIONS **278**

§.1. La règle de la continuation et le contrat de compte courant bancaire	278
I. De la notion du compte courant bancaire	279
A. Détermination du contrat de compte courant	279
B. Du régime juridique du contrat de compte courant	280
II. De l'applicabilité de la règle de continuation au contrat de compte courant bancaire	281
A. Du principe de la continuation de la convention de compte courant	281
B. Des possibilités de rupture de la convention de compte courant	284
§.2. La règle de la continuation et le contrat de compte courant d'associés	284
I. De la notion du compte courant d'associés	285
II. Du principe de la continuation du compte courant d'associé	287
A. Le sort du compte courant d'associé lorsque la société absorbée en est titulaire	287
B. Le sort du compte courant d'associé lorsque la société absorbée en est la bénéficiaire	288

<b>TITRE II LES LIMITES A LA REGLE DE LA CONTINUATION DES CONTRATS CONSECUTIVE A UNE OPERATION DE FUSION ET DE SCISSION</b>	<b>294</b>
CHAPITRE I LES OBSTACLES A LA REGLE DE CONTINUATION RESULTANT DE TECHNIQUES CONTRACTUELLES ET DE LA NECESSITE DE SAUVEGARDER L'INTÉRÊT DU COCONTRACTANT	296

## SECTION I L'INFLUENCE DES STIPULATIONS DE NON TRANSMISSIBILITE ET D'AGREMENT DES CONTRATS EN CAS DE FUSION ET SCISSION **296**

Sous-section I. De l'applicabilité des clauses de non transmissibilité de contrats au transfert consécutif aux fusions et scissions	297
Sous-section II. De l'applicabilité des clauses d'agrément au transfert de droits sociaux consécutif à une fusion et scission	298
§.1. Les situations où le problème d'application des clauses d'agrément peut se poser	299
§.2. L'opposabilité du droit d'aménagement statutaire de la libre transmissibilité des droits sociaux par voie de dissolution sans liquidation d'un associé personne morale	302
I. Le principe : opposabilité des clauses d'agrément aux transferts de droit sociaux consécutifs à un opération de transmission universelle du patrimoine	303
II. L'exigence d'un agrément explicite pour les cas de transfert universel de droit sociaux	304
III. L'indifférence de la forme sociale de la société émettrice quant à l'applicabilité de l'agrément au transfert universel de droits sociaux	306
IV. L'interprétation jurisprudentielle de l'agrément en matière de transfert universel du patrimoine : une jurisprudence discutable.	310
A. L'arrêt du 3 juin 1986	310
B. Justification juridique insuffisante de l'application jurisprudentielle de l'agrément ordinaire au transfert de titres consécutifs à une fusion et scission	311
C. L'impasse de la solution jurisprudence en cas de non transmission des titres	317

## SECTION II LES OBSTACLES D'ORDRE CONJONCTUREL A LA CONTINUATION AUTOMATIQUE DES CONTRATS A L'OCCASION D'UNE FUSION ET SCISSION **319**

§. 1. L'incidence de la fusion ou scission sur l'exécution ultérieure du contrat, limite à la règle de la continuation de plein droit des contrats	319
I. Notion et fondement de l'équilibre contractuel	320
II. Exemples de situations susceptibles d'entraîner une rupture de l'équilibre contractuel	322
§.2. L'existence d'une menace sérieuse sur l'intérêt du cocontractant, limite à la règle de la continuation des contrats	323
I. De la non continuation automatique du contrat lorsque la société absorbante est la concurrente directe du cocontractant	323
II. Le risque d'abus de domination, limite à la règle de la continuation des contrats ?	328
A. La société absorbée, une entreprise in bonis	330
B. La société absorbée, une entreprise en difficulté	334

## CHAPITRE II LES LIMITATIONS LEGALES AU PRINCIPE DE CONTINUATION DES CONTRATS **338**

### SECTION I LE CONTRAT DE SYNDIC DE COPROPRIÉTÉ, EXCEPTION À LA RÈGLE DE CONTINUATION DE PLEIN DROIT DES CONTRATS CONSÉCUTIVE AUX FUSIONS ET SCISSIONS **340**

§.1. Le mandat de syndic de copropriété est un contrat affecté d'une certaine coloration personnelle	341
I. Les missions du syndic de copropriété, motifs du choix de sa personne	341
II. La procédure de désignation du syndic de copropriété, facteur explicatif du choix de sa personne	342
§.2. Le droit de copropriété, obstacle à la non continuation automatique du mandat de syndic de copropriété en cas de fusion et de scission	343
I. L'indifférence de principe de l'intuitus personae à la non continuation automatique du syndic de copropriété dans le cadre des fusions et scissions	344
II. La consécration par le droit de la copropriété de la non transmission automatique du mandat de syndic de copropriété	345

### SECTION II LE BAIL RURAL ET LE CONTRAT ADMINISTRATIF, LIMITES À LA REGLE DE LA CONTINUATION DES CONTRATS RESULTANT DES FUSIONS ET SCISSIONS **348**

§.1. Du sort du bail rural dans le cadre des fusions et des scissions	349
I. Du sort logique du bail rural dans le cadre des fusions et des scissions : sa continuation de plein droit	349

II. La spécificité du droit rural, cause d'exclusion du bail rural de la règle de la continuation	350
A. La non transmission de plein droit du bail rural, un principe consacré par un droit spécial : le droit rural	350
B. La non reconnaissance de la valeur patrimoniale du bail rural, un facteur d'exclusion de principe de la transmission universelle	353
§.2. Du sort du contrat administratif dans le cadre des fusions et scissions de sociétés commerciales	356
I. De la logique de la continuation du contrat administratif dans le cadre des fusions et des scissions	358
II. Du principe de la non-continuation de plein droit du contrat administratif dans l'hypothèse d'une fusion ou scission	359
 <b>SECTION III DE LA CONTRARIETE DE LA REGLE DE LA CONTINUATION PROVENANT DE CERTAINES CONVENTIONS SPECIALES : CAS DES MANDATS SOCIAUX ET DES CONTRATS OBLIGATAIRES 363</b>	
§.1. La contrariété de la règle de continuation par les mandats sociaux des sociétés absorbées et scindées	363
I. Des mandats pouvant être confiés à une société commerciale	364
II. Le sort des mandats sociaux dans le cadre des fusions et des scissions	366
A. Le sort du mandat de direction lorsque la fusion ou scission affecte la société dirigée	366
1°. Du principe de non continuation automatique des mandats de gestion ou de direction à l'occasion d'une fusion ou d'une scission	367
2°. Les exceptions à la règle de non continuation des mandats sociaux	368
B. Le sort du mandat de gestion lorsque la fusion ou scission affecte la société mandataire	370
§.2. L'influence de la transmission universelle du patrimoine sur les contrats obligataires de la société fusionnée ou scindée	372
 <b>CONCLUSION GENERALE 379</b>	
<b>INDEX</b>	383
<b>BIBLIOGRAPHIE</b>	386